

3185.ª SESIÓN

Miércoles 24 de julio de 2013, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Bernd H. NIEHAUS

Miembros presentes: Sr. Cafilich, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gevorgian, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Nolte, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) (A/CN.4/657, secc. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663)

[Tema 8 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del primer informe del Relator Especial sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/663).

2. El Sr. HUANG felicita al Relator Especial por el carácter pragmático de su primer informe y la claridad de su planteamiento. En lo que concierne al título del tema, el Relator Especial ha propuesto, además del título actual, los de «Identificación del derecho internacional consuetudinario» o «Determinación del derecho internacional consuetudinario». Esta cuestión debería examinarse paralelamente a la del objeto de la presente labor. Con respecto a ese objeto, las dos primeras fórmulas, muy semejantes, son ambas aceptables, aunque la segunda presenta la ventaja de ser más concisa. La tercera, en cambio, no es apropiada, ya que puede dar la impresión de que la Comisión se arroga la facultad de determinar el derecho internacional consuetudinario. Por lo demás, el resultado de los trabajos de la Comisión debería adoptar la forma de conclusiones o principios rectores, como ha propuesto el Relator Especial. Las directrices resultantes deberían aliar la precisión con la flexibilidad, a fin de salvaguardar el poder discrecional de los jueces destinados a aplicarlas.

3. En vez de tener en cuenta las posibles diferencias entre los criterios de formación y documentación de la costumbre según las ramas del derecho internacional, sería preferible adoptar un enfoque uniforme, que ponga de manifiesto unos criterios universalmente aplicables en todos los campos del derecho internacional y por todos los destinatarios de las directrices establecidas, al objeto de evitar una mayor fragmentación de ese derecho y a un tiempo debilitar la costumbre.

4. El Sr. Huang comparte la opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión en cuanto a la necesidad

de excluir el *jus cogens* del ámbito del tema. En efecto, como se desprende del texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, la naturaleza de esas normas es diferente de la costumbre, por cuanto tienen un valor normativo superior y no pertenecen a la categoría de las fuentes formales del derecho internacional. En lo que se refiere a las relaciones entre la costumbre y las otras fuentes del derecho internacional, convendría tomar en consideración el papel de los tratados en la formación y prueba de la existencia de la costumbre. ¿Cabe, por ejemplo, deducir la existencia de una norma consuetudinaria del carácter universal de un tratado, como da a entender el Relator Especial cuando dice que conviene investigar los casos en que una norma consuetudinaria haya sido identificada sin hacer referencia a los criterios de la práctica y la *opinio juris*?

5. Por último, en cuanto a los principios generales del derecho, el Sr. Huang señala también él que es difícil distinguirlos de la costumbre y que cabe preguntarse si hay que considerarlos como normas consuetudinarias.

6. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ expresa su reconocimiento al Relator Especial por la gran calidad de sus análisis y felicita a la Secretaría por su estudio (A/CN.4/659), del que destaca su gran utilidad. El orador expresa su conformidad, de manera general, con respecto al tratamiento que el Relator Especial da al tema en su primer informe.

7. Teniendo en cuenta el objetivo asignado a los trabajos de la Comisión, parece oportuno no disociar las cuestiones de la identificación y la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario, tanto es así que su identificación está estrechamente relacionada con la manera como se han formado. Con todo, el título de «Identificación del derecho internacional consuetudinario» es aceptable. En cuanto al resultado de los trabajos, se puede efectivamente darles la forma de conclusiones acompañadas de comentarios, procurando sin embargo evitar una formulación demasiado prescriptiva.

8. Con respecto a la cuestión del *jus cogens*, no hay duda de que sería útil que la Comisión estudiara esas normas de jerarquía superior que expresan los más altos valores compartidos por la comunidad internacional. Pero, como ha dicho el Relator Especial en su informe, sería preferible no abordar esta cuestión en el marco del presente tema, sin perjuicio de que se haga referencia algunas veces, en algún contexto particular, a las normas de *jus cogens*.

9. Pese a la multiplicación de tratados y a los trabajos de codificación realizados en diferentes campos del derecho internacional, el derecho consuetudinario sigue siendo una fuente primordial del derecho internacional, cuanto más que la codificación de una norma consuetudinaria deja que subsista la norma consuetudinaria original y, por lo tanto, como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, dos normas de contenido idéntico, una consuetudinaria y la otra convencional, pueden conservar una existencia autónoma (párr. 178). Por añadidura, la norma consuetudinaria puede continuar su evolución. En general, el Relator

Especial tendrá que examinar más a fondo las interacciones entre costumbre y tratados, puesto que estos, como reconoció la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, producen un triple efecto en la costumbre: declarativo, cristizador y generador. Sería interesante hacer extensivo ese examen a ciertos instrumentos no vinculantes, por ejemplo determinadas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como sugiere el Relator Especial.

10. Aunque ha sido muy criticado, el párrafo 1 *b* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que define los dos elementos de la costumbre, sigue haciendo fe. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales confirman la necesidad de la presencia de esos dos elementos. El Relator Especial debería llevar más lejos su análisis de la jurisprudencia de la Corte, pero ya se pueden extraer algunas conclusiones importantes. Con relación en primer lugar al elemento material de la costumbre, está claro que el hecho de que haya pasado un período corto de tiempo no impide la formación de una norma consuetudinaria siempre que durante ese período haya existido una práctica generalizada (causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*). La Corte no habla sin embargo, como sugieren algunos miembros de la doctrina, de costumbre instantánea, ni tampoco, por otra parte, de costumbre inmemorial. En la misma sentencia, la Corte especifica que esa práctica debe ser «frecuente y virtualmente uniforme» (párr. 74) (pero no unánime). Con respecto en segundo lugar al elemento subjetivo de la costumbre, parece que este es difícil de probar, tanto más que, como reconoció la Corte en la sentencia dictada en la causa relativa al *Derecho de paso por territorio de la India*, puede coincidir a veces con el elemento material. Por otro lado, la Corte en alguna ocasión se ha remitido a las resoluciones de la Asamblea General para probar la existencia de la *opinio juris*, como en su opinión consultiva relativa al *Sáhara Occidental*, o se ha basado en la actitud de los Estados ante una resolución de la Asamblea General, como en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. La Corte, además, puso de relieve el valor normativo de esas resoluciones en su opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cuando señaló que pueden «aportar elementos de prueba importantes» (párr. 70) de la *opinio juris*. Sería conveniente que la Comisión examinase las relaciones entre la costumbre y las resoluciones de los organismos internacionales.

11. Por otra parte, es importante establecer una distinción entre el derecho internacional consuetudinario y «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». De los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se desprende que esos principios se incluyeron en el Artículo 38 para llenar posibles lagunas del ordenamiento jurídico internacional y evitar el *non liquet*. Esos principios de derecho, que corresponden a principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales, se distinguen de los principios del derecho internacional. La Corte se ha referido a ellos en algunas ocasiones, como en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*. Cuando esos principios generales de

derecho son invocados repetidamente a nivel internacional, se convierten en principios del derecho internacional consuetudinario. Así pues, es esencial distinguir entre los principios generales de derecho internacional basados en sistemas nacionales, que constituyen una fuente formal del derecho internacional, y los principios del derecho internacional, o dicho de otro modo, entre las normas de derecho internacional consuetudinario y los principios del derecho internacional. A este respecto, es interesante señalar que el artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativo al derecho aplicable por dicha Corte, distingue entre «los principios y normas del derecho internacional», que vienen jerárquicamente antes de «los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo».

12. Para terminar, el Sr. Vázquez-Bermúdez aprueba el programa de trabajo presentado por el Relator Especial, y en particular el estudio de la costumbre regional o local que se propone realizar.

13. El Sr. SINGH felicita al Relator Especial por la calidad de su informe y su planteamiento realista del tema.

14. El presente tema abarca tanto la formación como la documentación del derecho internacional consuetudinario, ya que son dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí y, cualquiera que sea el título finalmente elegido, el Relator Especial debería continuar en la dirección que señala en el párrafo 15 de su primer informe. El Sr. Singh apoya asimismo la propuesta del Relator Especial concerniente a la forma que debería adoptar el resultado de los trabajos de la Comisión y está de acuerdo en que se excluya el *jus cogens* del ámbito del tema.

15. El análisis de las relaciones entre la costumbre internacional y las otras fuentes del derecho internacional, en particular los tratados, es un aspecto esencial, y el Relator Especial ha subrayado con razón que se reconoce generalmente que los tratados pueden reflejar normas consuetudinarias preexistentes, o emergentes, y constituir elementos de prueba de la existencia de esas normas. También es cierto que las normas consuetudinarias siguen rigiendo las cuestiones no reguladas por tratados, así como las relaciones con Estados que no son partes en un tratado o entre estos últimos. Cuando aborde la distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho, en su próximo informe, el Relator Especial deberá mostrarse prudente para no poner en entredicho el objeto del proyecto.

16. El Relator Especial ha realizado un examen minucioso de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales internacionales o nacionales que ha permitido poner de manifiesto la presencia sistemática de los dos elementos de la costumbre. No obstante, en vista de las críticas formuladas con respecto a esa jurisprudencia, sería conveniente que el Relator Especial profundizase en esos análisis en su próximo informe, tal como lo ha anunciado. La prudencia de que hace muestra en lo referente al papel del juez nacional en el proceso consuetudinario también está justificada. Con razón, en fin, señala que se ha reconocido ampliamente en la doctrina la función

prominente que desempeña la costumbre en el derecho internacional, pero que el escepticismo de algunos invita a la prudencia.

17. El Sr. Singh estima finalmente que el ambicioso programa de trabajo que se ha fijado el Relator Especial es totalmente apropiado.

Aplicación provisional de los tratados
(A/CN.4/657¹⁴⁰, secc. D, A/CN.4/658¹⁴¹, A/CN.4/664¹⁴²)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

18. El PRESIDENTE invita al Relator Especial, Sr. Gómez Robledo, a presentar su primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/664).

19. El Sr. GÓMEZ ROBLEDÓ (Relator Especial), tras dejar constancia de su reconocimiento a todas las personas que contribuyeron a la elaboración del primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, hace un breve repaso histórico de los trabajos sobre este tema. Recuerda que, en 2011, el Magistrado Gaja —exmiembro de la Comisión— presentó un documento de trabajo relativo a determinados problemas jurídicos que planteaba la aplicación provisional de los tratados¹⁴³, en el que destacaba, en particular, la gran diversidad de cláusulas relativas a esta materia y la necesidad de definir ese concepto para determinar sus efectos jurídicos. En 2012, el orador, tan pronto como fue nombrado Relator Especial, celebró consultas oficiosas con los miembros de la Comisión sobre ciertos aspectos que juzgaba pertinentes para el examen de la cuestión y, en general, estos estimaron que no resultaba conveniente preguntarse en qué medida la aplicación provisional de los tratados contribuía al proceso de identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario, que era prematuro elaborar un cuestionario para que fuera enviado a los Estados y que era demasiado pronto para decidir sobre la forma del producto final. Prosiguiendo su repaso histórico del tema, el Relator Especial señala también a la atención de los miembros el estudio de la Secretaría sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/658) del que se pueden extraer varias conclusiones preliminares: en primer lugar, sean cuales fueren sus modalidades, de la aplicación provisional nace una obligación de ejecutar el tratado o parte de él; en segundo lugar, ese mecanismo es eminentemente facultativo; en tercer lugar, la obligación de aplicar provisionalmente el tratado se extingue con la entrada en vigor o si la entrada en vigor se demora excesivamente o se vuelve menos probable.

20. El primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados tiene como objetivo principal poner de manifiesto la utilidad de ese mecanismo: solo haciéndolo así podrá la Comisión promover la utilización más frecuente del procedimiento de aplicación provisional por los Estados. El informe trata asimismo importantes cuestiones

de carácter terminológico, como la de la distinción entre «aplicación provisional» y «entrada en vigor provisional», expresiones que sobre todo no deberían confundirse ya que se refieren a conceptos jurídicos muy distintos. En lo concerniente a la delimitación del tema, el Relator Especial dice que, por ahora, ha optado por no tener en cuenta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante, Convención de Viena de 1986), aun cuando esta contiene una disposición sobre la aplicación provisional de los tratados, por considerar que más vale concentrarse en esta fase de los trabajos en la práctica de los Estados y el régimen establecido por la Convención de Viena de 1969.

21. En los párrafos 25 a 35 de su informe, el Relator Especial se ha esforzado por demostrar que el propósito de la aplicación provisional era el de conferir efecto inmediato a todas las disposiciones sustantivas de un tratado o a algunas de ellas, sin esperar la conclusión y los efectos de los requisitos formales para la entrada en vigor enunciados en el tratado. En esa parte del informe se enumeran además los principales motivos por los cuales los Estados recurren al procedimiento de aplicación provisional de los tratados, a saber: la urgencia, la flexibilidad, la precaución y la transición hacia una entrada en vigor inminente.

22. En los informes siguientes habrá que examinar si los efectos jurídicos de la aplicación provisional de una disposición de fondo dependen más bien, en ciertos casos, del contenido mismo de esa disposición que del régimen de la aplicación provisional. Por ejemplo, el artículo 18 de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción prevé la posibilidad de aplicar provisionalmente el artículo 1 de ese instrumento, que dispone en particular que cada Estado parte se compromete a «nunca, y bajo ninguna circunstancia» emplear minas antipersonal. En otras palabras, el Estado que aplica provisionalmente este artículo se compromete a cumplir una serie de prohibiciones de carácter permanente. Por lo tanto, cabe preguntarse hasta dónde, una vez contraída la obligación, la aplicación reviste carácter provisional o si se generan dos tipos de efectos jurídicos, esto es, si es la norma de fondo la que determina el régimen aplicable y los efectos jurídicos de la aplicación provisional y no la norma supletoria o auxiliar enunciada en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. La misma cuestión se plantea en relación con futuros tratados relativos a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario que, por su naturaleza, generarán derechos individuales que trascienden las meras obligaciones contractuales entre las partes. Además, dado que la aplicación provisional pertenece al contexto que hay que tomar en consideración para interpretar un tratado, de conformidad con el artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena, sería útil escuchar a este respecto las observaciones del Sr. Nolte, Relator Especial del tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

23. Como se indica en los párrafos 36 a 52 del informe, es evidente que la aplicación provisional tiene consecuencias jurídicas, pero, teniendo en cuenta que esta cuestión

¹⁴⁰ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

¹⁴¹ Reproducido en *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte).

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ *Anuario...* 2011, vol. II (segunda parte), anexo III.

merece que se la examine a fondo, el Relator Especial propone dejar su estudio para un momento posterior. En cambio, la Comisión podría estudiar sin más dilación la cuestión de las consecuencias jurídicas de la violación de obligaciones contraídas en virtud de la aplicación provisional y, si lo estima pertinente, analizar el régimen de la responsabilidad del Estado. En este caso, no podrá pasar por alto la opinión de los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados, Sr. Fitzmaurice y Sr. Waldock, para quienes la entrada en vigor provisional produce plenamente sus efectos. La Comisión deberá subrayar asimismo que la aplicación provisional pertenece al ámbito de aplicación del artículo 23 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, aprobado en 1966, que enuncia el principio *pacta sunt servanda*¹⁴⁴, e insistir en que la aplicación provisional entraña obligaciones que van más allá de la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, tal y como se enuncia en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969. La obligación nacida de la aplicación provisional de un tratado, en efecto, puede subsistir incluso después de la entrada en vigor del tratado cuya ratificación se haya demorado si el Estado no quiere invocar el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena. Esto es incuestionable, particularmente cuando los gobiernos no consiguen obtener la ratificación del tratado en cuestión por sus órganos legislativos. Se trata sin duda de dificultades de derecho interno, que *a priori* no conciernen a la Comisión, salvo si su propósito es alentar a los Estados a hacer uso del mecanismo de la aplicación provisional. Al Relator Especial le gustaría escuchar las observaciones de los miembros de la Comisión sobre este punto.

24. En la última parte del informe se enumeran las diferentes cuestiones que se examinarán en futuros informes. Por último, el Relator Especial ha tomado nota con interés de las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión acerca de la forma del producto final. Por su parte, el Relator Especial sigue pensando que unas directrices se ajustarían mejor a las necesidades de los usuarios (los gobiernos) que unas cláusulas modelo, que no permitirían dar cuenta y razón de la variedad de situaciones, cada vez más numerosas, en que los Estados recurren a la aplicación provisional de los tratados.

25. El Sr. MURASE se pregunta cuál es el objetivo de la labor sobre la aplicación provisional de los tratados: ¿se trata de completar el régimen establecido por el artículo 25 de la Convención de Viena, dilucidar su interpretación o, lo que parece más probable, aclarar la posible utilidad de la aplicación provisional?

26. La necesidad de la aplicación provisional de un tratado en determinadas circunstancias no se cuestiona. Los Estados recurren a menudo a ella para resolver una situación urgente, colmar un vacío jurídico creado por regímenes convencionales sucesivos o reforzar la transparencia y fomentar la confianza entre Estados signatarios. Así pues, los Estados no ignoran ese procedimiento y son conscientes de su utilidad en ciertos casos excepcionales. La cuestión que se plantea es la de si el Relator Especial tiene la intención de promover su uso en *otras*

situaciones. Además, independientemente de esa utilidad, hay que preguntarse si el régimen de la aplicación provisional de los tratados es razonable, habida cuenta, en particular, de los problemas que puede plantear con respecto al derecho interno y los procesos parlamentarios de ciertos países.

27. La aplicación provisional de un tratado también puede tener por efecto desalentar la ratificación del tratado en cuestión, como se vio en relación con el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y el Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico. La aplicación provisional puede suscitar controversias acerca del carácter vinculante de las obligaciones nacidas del tratado, como se vio en el asunto *Yukos v. Russian Federation* en relación con el Tratado sobre la Carta de la Energía. Sea como sea, aunque la aplicación provisional no cree obligaciones vinculantes, los Estados pueden gozar de las ventajas del tratado sin cumplir con las obligaciones que les impondría la ratificación. Como su propio nombre indica, la aplicación provisional debe ser una medida transitoria en espera de la ratificación del tratado. Por eso, tal vez sea más razonable alentar la ratificación de los tratados que permitir que perdure su aplicación provisional. Una posible solución sería señalar un plazo limitado a la aplicación provisional o reservarla para ciertas situaciones excepcionales.

28. Aun cuando fuera necesario y razonable promover la aplicación provisional de los tratados, se plantea la cuestión del papel de la Comisión a este respecto. La aplicación provisional debería examinarse en el proceso mismo de las negociaciones convencionales. Es una cuestión en gran manera política, como lo demuestra la negativa de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático a aplicar provisionalmente el Protocolo de Kyoto revisado para facilitar la transición entre dos períodos de compromiso. No parece, pues, que la Comisión tenga gran cosa que hacer en esta esfera, cuanto más que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 ya da a los Estados indicaciones suficientemente claras y adaptables.

29. Pasando a las conclusiones enumeradas en el párrafo 53 del informe, el Sr. Murase dice que, en su opinión, la práctica de los Estados no pone de manifiesto ninguna falta de conocimiento del régimen de la aplicación provisional de los tratados, que es ampliamente utilizado. Tampoco demuestra esa práctica la utilidad de la aplicación provisional de los tratados. Esa utilidad debe evaluarse a la luz de las ventajas que en cada caso se quieren conseguir; por ejemplo, si se pretende simplemente diferir la ratificación, ello constituye un abuso del procedimiento. Convendría tal vez aquí hacer una distinción entre los tratados-contrato bilaterales y los tratados multilaterales normativos. Parece difícil determinar cuáles son los regímenes de derecho interno más representativos en materia de aplicación provisional de los tratados, como propone el Relator Especial. La Comisión podría en última instancia hacer un estudio comparativo de los mecanismos constitucionales de los países en esta materia. De la misma manera, parece difícil generalizar acerca de los requisitos procesales relativos a la aplicación provisional de los tratados, que se derivan de la naturaleza

¹⁴⁴ *Anuario...* 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, págs. 231 y 232.

del acuerdo que prevé tal aplicación provisional y, por lo tanto, son muy diversos. La cuestión de la relación que existe entre el régimen definido en el artículo 25 de la Convención de Viena y otras disposiciones de derecho internacional no está muy clara. El artículo 18 de dicha Convención sería pertinente si la Comisión examinara los efectos jurídicos de los tratados no ratificados, pero no parece oportuno ampliar hasta ese punto el alcance del tema objeto de examen. Finalmente, los posibles efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados y, por tanto, las consecuencias jurídicas de una violación de las obligaciones así creadas solo pueden determinarse según cada caso particular.

30. En conclusión, el Sr. Murase insiste en la necesidad de alentar la ratificación de los tratados en vez de su aplicación provisional.

31. El Sr. KITTICHAISAREE felicita al Relator Especial por su primer informe y acoge con beneplácito el estudio de la Secretaría sobre el proceso de elaboración del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

32. El Relator Especial debería haber proporcionado explicaciones más detalladas acerca de la posibilidad de un conflicto entre derecho internacional y derecho constitucional suscitado por la aplicación provisional de los tratados (párrafo 35 del informe). Por otro lado, la afirmación que se hace en el párrafo 44, según la cual «en principio, el derecho interno no constituye un obstáculo para la aplicación provisional», es desmentida, por ejemplo, por la Constitución del Reino de Tailandia, que impone ciertas formalidades internas *previas* a la celebración de ciertos tipos de tratados, lo que constituye un obstáculo a su aplicación provisional. Las dudas expresadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados por algunos Estados relativas al respeto de su derecho interno siguen siendo de actualidad. Las directrices o cláusulas modelo que el Relator Especial desearía que elaborase la Comisión no serán utilizadas por los Estados mientras subsista la posibilidad de tal conflicto. A este respecto convendría, como se propone en el párrafo 53 *c* del informe, analizar en profundidad la práctica de los Estados en esta materia y proponer soluciones para resolver el conflicto.

33. Finalmente, por lo que hace a los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados (párrafo 53 *f* del informe), el Sr. Kittichaisaree estima que convendría abordar la distinción entre la entrada en vigor provisional de un tratado y su aplicación provisional y entre la aplicación provisional de un tratado y un acuerdo provisional o transitorio; ver si los efectos jurídicos de la aplicación provisional de un tratado tienen un carácter análogo a los de un acuerdo colateral entre las partes; y, en fin, examinar la relación jurídica existente entre las partes que han aceptado total o parcialmente la aplicación provisional de un tratado y los terceros.

34. El Sr. PETRIČ dice que el nuevo tema objeto de examen es delicado y de vasto alcance. La aplicación provisional de los tratados es en sí un procedimiento útil, pero excepcional, y no se puede deducir de él ninguna norma porque ello sería contrario a ciertos valores fundamentales del mundo democrático contemporáneo. Así

pues, la Comisión debe fijarse como objetivo comprender mejor ese procedimiento y clarificarlo, quizá en forma de conclusiones acompañadas de comentarios, pero en ningún caso el de promoverlo.

35. Dos son los elementos centrales del tema: la incidencia de la aplicación provisional de los tratados en la seguridad jurídica, por una parte, y su interferencia con los mecanismos constitucionales internos, por otra. La aplicación provisional de los tratados es a menudo un medio de evitar la guerra, como sucedió, por ejemplo, en el caso del conflicto de Trieste, resuelto provisionalmente en 1954 por un Memorando de Entendimiento que se aplicó hasta el Tratado de Osimo en 1975¹⁴⁵. Cabe imaginar sin embargo que, sin ese Tratado, el acuerdo provisional, que solo resolvía la cuestión de la delimitación sin abordar la de la soberanía, habría podido continuar aplicándose hasta 1991, y que entonces Italia, ante la desaparición de Yugoslavia, habría podido imponer su visión unilateral de la soberanía sobre la zona B del territorio. Así pues, la aplicación provisional de los tratados está estrechamente relacionada con la seguridad jurídica. También interfiere con el derecho constitucional, como ya han señalado otros miembros. Se ha mencionado el caso de Tailandia, pero en Eslovenia también la aplicación provisional de un tratado podría suscitar cuestiones de conformidad constitucional.

36. Pasando al contenido del primer informe del Relator Especial, el Sr. Petrič dice que el examen de la práctica puede ser somero al principio, pero que después la Comisión deberá basarse en la práctica y no en la doctrina. En particular, habrá que abordar la práctica de la Unión Europea, en razón de la especial complejidad que reviste la aplicación de tratados entre 28 Estados, así como los trabajos del Consejo de Europa sobre esta materia. La distinción entre «aplicación provisional» y «entrada en vigor provisional» es importante, pero hay que cuidar sobre todo de no ocuparse de una aplicación provisional que no esté prevista en el tratado mismo o en un acuerdo ulterior y tener siempre presente que, como ha dicho el Relator Especial, se trata de «un mecanismo con vocación transitoria». Los propósitos de la aplicación provisional enunciados en los párrafos 25 a 35 del informe son pertinentes, salvo quizá el de la flexibilidad en el régimen de los tratados (párrs. 28 a 30). Cabe preguntarse, en realidad, si es legítimo que la aplicación provisional de un tratado permita eludir las normas constitucionales o modificar el tratado sin seguir el procedimiento exigido. A este respecto, habrá que mostrarse prudente. Por último, los párrafos 36 a 52, dedicados al régimen jurídico de la aplicación provisional, también son pertinentes, excepto que, contrariamente a lo que dice el Relator Especial en el párrafo 44, la cuestión del derecho interno debe ser tomada en consideración.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

¹⁴⁵ Tratado entre Italia y Yugoslavia sobre la delimitación de la frontera para la parte no indicada como tal en el Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947, firmado en Osimo, Ancona (Italia), el 10 de noviembre de 1975, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1466, núm. 24848, pág. 25.