

duda que un tratado que se aplica de manera provisional con arreglo al tercer o cuarto tipo de situaciones descritas por el Relator Especial pueda generar derechos para el Estado que lo aplica provisionalmente. El análisis actual solo abarca las situaciones en que los Estados convienen en que un tratado se aplique provisionalmente desde el momento de la adopción o firma de su texto, aunque no hay ningún motivo especial para que no sea así cuando, por ejemplo, un tratado deja abierta esa posibilidad a los Estados.

66. El orador retoma el ejemplo hipotético planteado por el Relator Especial sobre el caso de un Estado que declara unilateralmente que aplicará de forma provisional el tratado sin que el tratado prevea esa posibilidad y uno de los Estados negociadores se opone a ello. En su opinión, dada la redacción del artículo 25, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena de 1969, que implica que en ese caso es necesario el consentimiento de todos los Estados negociadores, debe entenderse que no se trata de aplicación provisional, sino de un supuesto típico de asunción unilateral de obligaciones internacionales o de propuesta de aplicación provisional del tratado que ha sido rechazada.

67. La sección D del capítulo II del informe, titulada «Terminación de las obligaciones», parece abordar dos cuestiones muy distintas al mismo tiempo, a saber, el derecho a dar por terminada la aplicación provisional y las consecuencias jurídicas de esa terminación. En opinión del orador, esas cuestiones deben examinarse por separado.

68. En cuanto al efecto jurídico de la terminación de la aplicación provisional en los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de la terminación, el Relator Especial se funda, por analogía, en el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969. Aunque parece lógico, convendría que el Relator Especial aportase una fuente de autoridad a este respecto.

69. La manera en que el Relator Especial trata el derecho a dar por terminada la aplicación provisional parece cuestionable. El orador no entiende ni es consciente de que la afirmación que figura en el párrafo 81 del informe, según la cual un Estado que ha decidido dar por terminada la aplicación provisional del tratado tiene que justificar frente a otros Estados determinados si tal decisión obedece a otros motivos, esté jurídicamente fundada. Tampoco está claro qué se entiende por «otros motivos».

70. El orador no ve fundamento alguno que permita afirmar, como se hace en el párrafo 82 del informe, que la revocación de la aplicación provisional no puede ser arbitraria. Esa afirmación parece basarse en una falsa analogía con el principio 10 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas. En su opinión, la esencia de la aplicación provisional, sin perjuicio de cualquier disposición específica contenida en el tratado o que pueda derivarse de las circunstancias particulares del caso, es que se le pueda poner fin a voluntad.

71. En cuanto al futuro programa de trabajo establecido por el Relator Especial en su intervención de presentación

de su informe, el orador celebra su propósito de recopilar y analizar toda la práctica estatal que le sea posible reunir para el próximo informe y profundizar en la cuestión de las organizaciones internacionales. La Comisión tal vez desee examinar asimismo si las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la aplicación provisional de los tratados coinciden con las de las Convenciones de Viena.

72. No obstante, el Relator Especial no debe sentirse inhibido para llevar adelante su labor por la relativa falta de información de los Estados sobre su práctica. Aunque sería muy útil obtener esa información directamente de los Estados, ello no es imprescindible, ya que hay mucha información de dominio público, y las cuestiones jurídicas relacionadas con el tema están relativamente claras. El orador anima al Relator Especial a que proponga proyectos de texto en su próximo informe.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3233ª SESIÓN

Miércoles 30 de julio de 2014, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Cafilisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/666, cap. II, secc. E, A/CN.4/675)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. ŠTURMA dice que, habida cuenta de la extrema importancia del tema de la aplicación provisional de los tratados desde el punto de vista tanto de la teoría como de la práctica del derecho internacional, la labor de la Comisión al respecto debe culminar en un conjunto de directrices, o conclusiones, que también pueden arrojar luz sobre cuestiones que no se aclaran en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

2. Está de acuerdo con el Relator Especial, en primer lugar, en que la aplicación provisional de los tratados produce determinados efectos jurídicos y puede crear ciertos derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional y, en segundo lugar, en que no resulta necesario para la Comisión estudiar la legislación nacional. Por tanto, la intención del Relator Especial de recabar más información sobre la práctica de los Estados antes de

presentar ninguna conclusión parece un tanto ilógica. La escasez de la información proporcionada no debe impedir al Relator Especial presentar al menos algunos proyectos de conclusión.

3. La cuestión fundamental que debe aclararse en relación con el artículo 46, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969 es si debe considerarse que las limitaciones que impone el derecho interno a la capacidad de un Estado para convenir en la aplicación provisional de un tratado son conocidas por otros Estados, o es preciso notificarlas.

4. En cuanto al aspecto temporal de la aplicación provisional a que se hace referencia en el párrafo 35 *a* del informe, cabe señalar que, en la práctica de la Unión Europea, la aplicación provisional de los tratados desde el momento de su aprobación, si bien es bastante inusual, ha resultado ser útil. Sin embargo, las constituciones de algunos Estados solo permiten la aplicación provisional de un tratado después de su ratificación.

5. Al orador no le convence el análisis, que figura en los párrafos 37 a 41 del informe, de los actos unilaterales como fundamento jurídico para la aplicación provisional. Las declaraciones hechas en la causa relativa a los *Ensayos nucleares (Australia c. Francia)* fueron actos independientes regidos solo por la voluntad del Estado y generaron una situación jurídica nueva para este, mientras que los actos de los Estados en relación con un tratado internacional no parecen ser totalmente autónomos, porque dependen de un tratado para su aplicación provisional. La afirmación que figura en el párrafo 55 del informe de que el alcance de las obligaciones [derivadas de la aplicación provisional] no puede exceder de lo expresamente establecido en el tratado es correcta y debe reflejarse en una de las conclusiones.

6. La cuestión de las reservas en el contexto de la aplicación provisional también está estrechamente vinculada a la manifestación de la voluntad. Debe hacerse una distinción entre los tratados que contienen una cláusula de aceptación o de exclusión de la aplicación provisional y los que no la tienen. Es probable que solo este último tipo de tratados admita una reserva de los Estados en el momento de la firma o la ratificación.

7. La sugerencia del Relator Especial de que el artículo 70 de la Convención de Viena es aplicable a la terminación de la aplicación provisional requiere un examen más detallado. La determinación de si la terminación exime a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado (párr. 1 *a*) dependerá de las razones y circunstancias del final de la aplicación provisional. En el informe se indican correctamente las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un tratado aplicado provisionalmente. El principio *inadimplenti non est adimplendum* solo se aplicaría si un Estado no notifica a los otros Estados su intención de no llegar a ser parte en el tratado. Además, como se confirmó en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, las consecuencias del incumplimiento de un tratado (terminación o suspensión) no son automáticas. En efecto, el régimen de la responsabilidad se aplicará a los casos en que un Estado incumpla las obligaciones derivadas de la aplicación provisional

de un tratado. La conclusión de que el artículo 12 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸² abarca la aplicación provisional ha sido respaldada por la decisión de 2009 de la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Yukos c. la Federación de Rusia*.

8. Por último, el orador espera que el Relator Especial pueda presentar un plan más preciso para los trabajos futuros.

9. El Sr. MURPHY, tras encomiar el deseo del Relator Especial de preparar más información sobre la práctica de los Estados, conviene con otros miembros en que la Comisión no suele recibir información de los Estados de manera sistemática. Por tanto, tal vez el Relator Especial tenga que recabar alguna información por sí mismo y obtener otra de la doctrina. Quizás la práctica de los Estados no sea abundante y haya que revisar las expectativas en consecuencia.

10. El orador suscribe la conclusión del Relator Especial de que, sin lugar a dudas, la aplicación provisional de un tratado genera un vínculo jurídico y, por lo tanto, conlleva efectos jurídicos y que esos efectos van más allá de la obligación enunciada en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, el Relator Especial podría haber sido más sistemático en su análisis jurídico y comenzar por las opiniones de la Comisión antes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados para pasar después a las opiniones expresadas en la Conferencia y también a la jurisprudencia, la doctrina y las posiciones de los Estados consiguientes. La información está dispersa en el segundo informe y el memorando preparado por la Secretaría en 2013²⁸³, pero podría haberse consolidado. El orador está de acuerdo con la intención del Relator Especial de no realizar un estudio comparativo del derecho interno sobre la capacidad de los Estados de aplicar un tratado provisionalmente. Ese estudio sería útil para establecer una norma consuetudinaria de derecho internacional o un principio general del derecho, pero no tanto en caso de divergencia entre los procesos nacionales para contraer compromisos convencionales.

11. En el capítulo II del segundo informe, algunas afirmaciones son acertadas, otras dudosas y otras incluso incorrectas. El orador suscribe las contenidas en los párrafos 32 y 33 de que la fuente de las obligaciones de aplicar provisionalmente un tratado puede derivar de una cláusula del tratado o bien de un acuerdo paralelo, que la voluntad de aplicar provisionalmente un tratado puede manifestarse de manera expresa o tácita y que el alcance exacto de la obligación jurídica creada depende, en primera instancia, de lo que se estipule en esa disposición o acuerdo paralelo. El Relator Especial cita en el párrafo 35 cuatro tipos de situaciones en que puede darse la aplicación provisional, pero sería conveniente dar ejemplos de

²⁸² Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53^{er} período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

²⁸³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658.

cada una. No está claro cómo encaja en esas situaciones un sistema por el que un Estado esté obligado a excluirse de este en lugar de aceptarlo, como el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía. Parece que tal vez no haya ejemplos del cuarto tipo de situación, aunque la Sra. Jacobsson ha sugerido que las medidas adoptadas por la República Árabe Siria, indicadas en el párrafo 66, pueden corresponder a esa categoría.

12. El orador no puede suscribir la opinión del Relator Especial de que el derecho sobre los actos unilaterales de los Estados es un conjunto de normas básicas que regulan la aplicación provisional de los tratados o al menos algunas de las cuatro situaciones. El Relator Especial debe aclarar primero a cuál de las cuatro situaciones cree que se refiere ese régimen jurídico. Menciona la «declaración unilateral» en el contexto de la situación descrita en el párrafo 35 *c*, pero también lo aplicaría a las situaciones descritas en el párrafo 35 *b* o *d*, ya que las tres situaciones entrañan algún tipo de acto unilateral. Resulta confuso sugerir que el derecho sobre la aplicación provisional de los tratados en la situación descrita en el párrafo 35 *a* es diferente del de las demás situaciones. Además, el orador duda de que el derecho sobre los actos unilaterales de los Estados sea directamente pertinente para el tema. En cada una de las cuatro situaciones hay un tratado, hay una disposición de la Convención de Viena de 1969 relativa a la aplicación provisional de ese tratado y hay una decisión de un Estado de aceptar la aplicación provisional; una vez producida esa aceptación, surge una obligación convencional entre varios Estados, no solo una obligación para un Estado. Esa situación no es como el acto unilateral realizado en las causas relativas a los *Ensayos nucleares* o los supuestos estudiados por la Comisión para los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas²⁸⁴, de 2006; la existencia de un tratado marca toda la diferencia. Al ratificar un tratado, o acordar aplicar provisionalmente un tratado, un Estado está realizando técnicamente un acto unilateral, pero ninguno de esos actos debe incluirse bajo el epígrafe de los «actos unilaterales de los Estados». La aplicación provisional de un tratado sigue siendo una relación convencional, y el Estado se beneficia de una disposición de aplicación provisional acordada por todos los Estados asociados a ese tratado.

13. El orador considera que la forma de un acuerdo carece de pertinencia para el alcance de los derechos y las obligaciones que asumirá un Estado. Lo importante es el contenido del tratado de que se trate y el contenido del acuerdo de los Estados para aplicar provisionalmente ese tratado. El orador cuestiona las afirmaciones contenidas en los párrafos 53 a 55 del informe, en particular la de que, en las situaciones descritas en el párrafo 35 *b* y *c*, la naturaleza y el alcance de la obligación resultan de la declaración unilateral del Estado. Esa afirmación no es acorde con el ejemplo del Tratado sobre el Comercio de Armas que da el Relator Especial en el párrafo 56. Cuando un Estado formula una declaración por la que acepta la aplicación provisional del Tratado sobre el Comercio de Armas, no puede aplicar provisionalmente los artículos del tratado que desee. Únicamente puede aplicar provisionalmente los artículos 6 y 7 y tienen que

ser los dos, no uno solo. La naturaleza y el alcance de la obligación no vienen determinados únicamente por la declaración unilateral del Estado, sino por esa declaración juntamente con el tratado en cuestión y, en su opinión, con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, ya sea como derecho convencional o como norma de derecho internacional consuetudinario.

14. Asimismo, el orador duda de que la aceptación por un Estado de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia sea un acto unilateral en el sentido de los principios rectores de la Comisión de 2006. La analogía entre esa aceptación y la aplicación provisional de los tratados no es acertada. En su fallo en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (competencia y admisibilidad), la Corte dio su opinión sobre la capacidad de los Estados Unidos de modificar una declaración en el contexto del texto específico de sus dos declaraciones, leídas juntamente con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Corte no habló de manera general sobre la declaración unilateral, ni se pronunció siquiera en términos generales sobre las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte. En cambio, toda declaración relativa a la aplicación provisional debe leerse en el contexto del texto específico del tratado de que se trate, que puede o no permitir al Estado declarante modificar el alcance y el contenido de su declaración y debe leerse en el contexto del artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969.

15. El orador no acepta la distinción establecida por el Relator Especial, en los párrafos 59 a 64 del informe, entre las obligaciones resultantes de la aplicación provisional que generan sus efectos exclusivamente en el ámbito interno del Estado que ha decidido recurrir a esa figura, y las obligaciones que generan sus efectos en el plano internacional. El hecho de que algunos tratados se refieran ampliamente a la conducta de un Estado en su ámbito interno y otros a la conducta de un Estado en el plano internacional carece de pertinencia para la ratificación del tratado o su aplicación provisional. Además, el Relator Especial incurre en error al decir que los Estados que aplican provisionalmente los artículos 6 y 7 del Tratado sobre el Comercio de Armas se han comprometido a hacerlo solo en su ámbito interno; a juicio del orador, también se han comprometido a aplicarlos en el plano internacional. Una cuestión mucho más importante es que cabe suponer que hay algunos aspectos de un tratado que no se aplican provisionalmente, porque presuponen la entrada en vigor del acuerdo. Por ejemplo, si un tratado prevé la remisión de controversias a un nuevo órgano creado en virtud de un tratado, pero este solo comienza a existir después de la entrada en vigor, es de suponer que las obligaciones convencionales relativas al órgano creado en virtud del tratado no son provisionalmente operativas.

16. En la sección D del capítulo II del segundo informe se aborda la terminación de la aplicación provisional de un tratado. El orador habría preferido un análisis del artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969, que parece permitir la terminación en el momento de la notificación sin exigir ningún plazo de espera. Además, si bien parece que la notificación debe indicar la intención

²⁸⁴ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 177 y ss., párr. 176.

de no llegar a ser parte en el tratado, el artículo 25 no dice que un Estado no pueda actuar de manera arbitraria. En vista de ello, el orador pone en duda el párrafo 82 del informe, puesto que se basa en gran medida y, a su juicio, indebidamente, en los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas de la Comisión de 2006. En el informe también se debería haber abordado si supone alguna diferencia que el tratado de que se trate, una vez que un Estado pasa a ser parte en él, prohíba expresamente la terminación, permita expresamente la terminación por propia voluntad o después de un plazo determinado, o no se pronuncie sobre la terminación. El orador considera que las disposiciones que pueda contener el tratado en cuestión sobre la terminación no son pertinentes para determinar si un Estado puede poner fin a la aplicación provisional. De conformidad con el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena, un Estado puede poner fin de inmediato a esa aplicación, con independencia de lo dispuesto en el tratado en cuestión, principalmente porque no puede considerarse obligado, en virtud de un sistema provisional, por aspectos del tratado relativos a la adhesión al propio tratado o al retiro o la terminación de este. Contrariamente a lo que afirma el Relator Especial en el párrafo 81 de la versión inglesa, la aplicación provisional del tratado no está supeditada a que el Estado tenga que justificar frente a los demás Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente si la decisión de terminar obedece a motivos distintos de su intención de no llegar a ser parte. El artículo 25 de la Convención de Viena se redactó de manera que un Estado puede eludir fácilmente la aplicación provisional: todo lo que tiene que hacer es notificarlo con arreglo al párrafo 2 del artículo. No hay otros requisitos ni puede verse qué factores políticos o de otra índole motivan la notificación.

17. El orador está de acuerdo con las afirmaciones del Relator Especial en los párrafos 71, 80 y 83 a 85 de su informe. También suscribe en gran medida el capítulo III del informe, relativo a las consecuencias jurídicas de la violación de un tratado aplicado provisionalmente. Cuestiona, sin embargo, la afirmación que figura en el párrafo 89 de que hay un «principio de derecho internacional *inadimpleti non est adimplendum*, universalmente reconocido». De hecho, se trata de un principio muy controvertido, al menos en el sentido de si ha sobrevivido a la aparición del derecho de los tratados moderno con la Convención de Viena. Puede verse un ejemplo de la naturaleza controvertida del principio en la causa relativa a la *Aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)* sustanciada ante la Corte Internacional de Justicia, en que las partes litigaron enérgicamente a favor y en contra del principio y la Corte consideró innecesario determinar si esa doctrina forma parte del derecho internacional contemporáneo. El Relator Especial no ha indicado si tiene la intención de elaborar directrices o cláusulas tipo. En opinión del orador, serviría un modesto conjunto de directrices o conclusiones que comenzaran con el texto del artículo 25 de la Convención de Viena para luego abordar algunos de los puntos enunciados en los informes primero y segundo, además de otras cuestiones, como la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales.

18. El Sr. NOLTE dice que, antes de abordar puntos concretos del informe, debe señalar que dio su opinión de experto sobre algunos aspectos del tema de la aplicación provisional de los tratados en un procedimiento arbitral relacionado con el Tratado sobre la Carta de la Energía. Ello dio lugar al laudo provisional sobre la competencia y la admisibilidad de noviembre de 2009 en el caso *Yukos c. la Federación de Rusia* sustanciado ante la Corte Permanente de Arbitraje. Tal vez el Relator Especial desee evaluar el laudo en su próximo informe. El orador coincide con el Sr. Forteau en que el Relator Especial debe evaluar la práctica existente y adoptar un enfoque más inductivo con respecto al tema. La afirmación que figura en el párrafo 14 del informe de que, sin lugar a dudas, la aplicación provisional de un tratado genera un vínculo jurídico y, por lo tanto, conlleva efectos jurídicos, no es muy clara, aun cuando lo dice la propia Comisión en su comentario al proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados²⁸⁵. No obstante, hay varias diferencias entre el comentario de 1966 y la terminología utilizada en el segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados; y esas diferencias explican por qué la Comisión debe tratar de aclarar esa afirmación.

19. En primer lugar, en el comentario de 1966 se dice que las cláusulas que prevén la aplicación provisional de un tratado tienen un efecto jurídico, no que la aplicación provisional en sí misma tenga un efecto jurídico. Sin embargo, en su opinión, debe aclararse que la aplicación provisional solo tiene un efecto jurídico si se ha establecido un acuerdo pertinente sobre dicha aplicación entre los signatarios. Ese acuerdo por lo general se deriva de una cláusula que prevé la aplicación provisional, pero siempre debe determinarse si una cláusula concreta es vinculante para las partes y tiene por objeto crear una obligación vinculante de aplicar el tratado provisionalmente.

20. En segundo lugar, el comentario de 1966 y el texto del informe dicen que en el primero se afirma que las cláusulas relativas a la aplicación provisional hacen que el tratado esté en vigor con carácter provisional. No obstante, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados no aceptó la noción propuesta por la Comisión de que esas cláusulas hacen que el tratado esté en vigor con carácter provisional. Por tanto, no está claro qué quiere decir el Relator Especial al afirmar que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos.

21. En tercer lugar, si bien el comentario de 1966 se refiere a la entrada en vigor del tratado, en el segundo informe se menciona la creación de una relación jurídica. No está claro si esa relación sería de tipo convencional o se basaría en una promesa unilateral o un principio general del derecho como la buena fe. El orador comparte las dudas de otros miembros sobre si debe interpretarse que las cláusulas que prevén la aplicación provisional expresan promesas unilaterales que serían jurídicamente vinculantes en virtud de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas aprobados por la Comisión en 2006. La Comisión debería tratar de formular una declaración clara.

²⁸⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 231 (párrafo 1 del comentario del artículo 22).

22. Aunque, como es comprensible, el Relator Especial no desee utilizar terminología más específica, debe dejar claro que el término «aplicación provisional» no tiene ningún efecto jurídico inherente: es el acuerdo entre las partes para aplicar provisionalmente un tratado lo que crea la relación jurídica y, aunque puede ser que el acuerdo entre las partes para aplicar provisionalmente un tratado tenga algunos efectos jurídicos adicionales derivados de principios generales de derecho u otras fuentes, esos efectos serían, en efecto, derivados. Además, no es solo una cuestión de palabras, sino que afecta al núcleo de la práctica de acordar cláusulas de aplicación provisional. Los Estados acuerdan esas cláusulas porque desean aplicar el tratado antes de que concluyan los procedimientos internos de autorización del consentimiento del Estado a obligarse por este. Ese deseo es comprensible, pero también lo es que el gobierno no puede asumir un compromiso vinculante si no está autorizado a ello con arreglo a su derecho interno.

23. En virtud del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, pero el artículo no permite determinar si un acuerdo de aplicación provisional crea una obligación que no esté basada en el propio tratado, que no ha entrado aún en vigor. El artículo 25 de la Convención de Viena no indica claramente —y corresponde a la Comisión determinarlo— si el artículo 27 constituye una regla de interpretación según la cual, en caso de duda, las partes en un tratado que contenga una cláusula que prevea la aplicación provisional de ese tratado pretenden con ello crear una obligación de aplicar provisionalmente el tratado hasta que se notifique su terminación en virtud del artículo 25, párrafo 2. Cabe hacer muchos razonamientos a favor de esa interpretación del artículo 25, pero su alcance es necesariamente limitado. El término «aplicación provisional» no tiene un sentido único ni un carácter jurídico particular; todo depende del acuerdo específico de las partes.

24. Ello evidentemente se debe a que, en el caso de una cláusula de aplicación provisional, el acuerdo de las partes se refiere a la facultad de un órgano particular del Estado de obligar al Estado en una situación en que siguen siendo necesarios procedimientos internos adicionales para que todo el tratado llegue a ser vinculante. Los gobiernos no pueden contraer compromisos vinculantes, ni siquiera con carácter provisional, si indican que en su ordenamiento jurídico subsisten obstáculos internos y condiciones previas. Esa es la razón por la que algunas cláusulas uniformes se formulan de manera que limitan cualquier posible obligación dimanante de una cláusula de aplicación provisional, para impedir que esa obligación vaya más allá de lo que permite la legislación interna. Si los gobiernos no pudieran confiar en ese entendimiento, no estarían dispuestos a correr el riesgo de convenir en la aplicación provisional de un tratado excepto mediante largas y complicadas cláusulas en las que se enunciaran las limitaciones que impone su derecho interno. Ello no sería útil en la práctica. Los gobiernos deben poder convenir en que aplicarán el tratado en la medida en que puedan hacerlo con arreglo a su legislación interna sin tener que explicar los detalles de esa legislación en el plano internacional. Aunque no sea inmediatamente evidente

para los Estados signatarios la medida en que un signatario en particular podrá aplicar provisionalmente el tratado, las partes pueden perfectamente aceptar esa falta de claridad a cambio de la expectativa de que algunas partes del tratado se apliquen en la etapa preliminar.

25. Por las razones expuestas por el Sr. Forteau, el Sr. Murphy y otros, la afirmación, en el párrafo 82 del informe, de que no se admite una revocación arbitraria de la aplicación provisional, es cuestionable. Es cierto que rige el principio de buena fe, pero un Estado signatario no tiene que dar explicaciones cuando notifica a otro Estado signatario que pone fin a la aplicación provisional de un tratado. Esa terminación puede deberse a procesos políticos internos, por ejemplo, y no debe considerarse como una vulneración del principio de buena fe. A ese respecto, el orador recuerda la afirmación del Sr. Forteau en el sentido de que el reciente laudo de la Corte Permanente de Arbitraje en el Caso relativo a la *Frontera marítima de la Bahía de Bengala entre la República Popular de Bangladesh y la República de la India* ha confirmado las dudas del Sr. Forteau sobre la proposición aprobada por la Comisión en 2013 de que un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a, de la Convención de Viena no es necesariamente vinculante. El orador refuta esa afirmación y señala que la Corte de Arbitraje citó la parte pertinente del informe de la Comisión de 2013²⁸⁶ y se limitó a indicar que no consideraba que el intercambio particular de cartas en ese caso tuviera entidad suficiente para constituir un acuerdo ulterior entre las partes (véase el párrafo 165 del laudo). Por tanto, no dijo que un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a, tenga que ser vinculante: no cuestionó la proposición de la Comisión. También en contra de la posición del Sr. Forteau, el orador señala que un acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado suele ser una formalidad convencional, lo que no es necesariamente el caso de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena.

26. El segundo informe ha proporcionado una excelente base para el debate de la Comisión. Los principales aspectos del tema que deben estudiarse en futuros informes son el establecimiento de una interpretación adecuada de las cláusulas de aplicación provisional de los tratados, y en particular de si con ellas los signatarios tienen la intención de crear una obligación jurídicamente vinculante; los elementos prácticos de la elaboración de tratados; la importancia de que los gobiernos respeten las leyes y procedimientos internos; y la necesidad de circunscribir la aplicación provisional de los tratados de manera que el mecanismo siga siendo un instrumento útil para los Estados signatarios, sin disuadir ni crear falsas expectativas.

27. El Sr. KAMTO dice que el enfoque del Relator Especial es demasiado prudente; su intención de no sacar conclusiones hasta que no haya recibido más información sobre la práctica de los Estados podría obstaculizar su labor, ya que la experiencia pasada ha demostrado que la mayoría de los Estados hace caso omiso de las preguntas de la Comisión o solo reacciona cuando esta ha llegado

²⁸⁶ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 31 (párrafo 5 del comentario del proyecto de conclusión 4).

al punto de redactar algunos artículos, directrices o conclusiones. Hay suficiente jurisprudencia para aclarar al menos algunos aspectos del tema que se examina.

28. La validez jurídica de una cláusula de aplicación provisional ha de determinarse desde el punto de vista del derecho internacional y a la luz del derecho interno, ya que, sin duda, la aplicación provisional de un tratado no puede producir efectos jurídicos a menos que se cumplan las condiciones de validez de un tratado respecto de las partes, en especial las del artículo 24, párrafo 4, de la Convención de Viena. En tal caso, la aplicación provisional comenzaría en principio en el momento de la aprobación del tratado.

29. A diferencia del Relator Especial, el orador considera que sería útil realizar un estudio comparativo de los requisitos del derecho interno con respecto a la aplicación provisional de un tratado, puesto que en la mayoría de los países la validez de un tratado es una cuestión de derecho constitucional. Esa opinión también se ve confirmada por el hecho de que la Corte Permanente de Arbitraje ha concluido que la validez jurídica del artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía no es una cuestión de derecho internacional público, sino de derecho constitucional de una de las partes en el litigio, como señala el Relator Especial en el párrafo 29 de su informe. El Relator Especial se equivoca al apoyarse en la declaración de la Corte Permanente de Justicia Internacional que se cita en el párrafo 18 de su informe, ya que las leyes que son «simples hechos»²⁸⁷ no carecen de efectos en derecho internacional. Además, el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de dicha Convención, que atribuye efectos directos en el derecho internacional a determinadas disposiciones de derecho interno de un Estado. En vista de las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 265 de su fallo de 2002 en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)*, la Comisión debe determinar qué constituye una norma de derecho interno de importancia fundamental para la firma de un tratado y cuál es la forma adecuada de darla a conocer.

30. En Francia y casi todos los países francófonos, aunque la facultad de concluir tratados corresponde al poder ejecutivo, algunas categorías de tratados han de ser ratificadas por el Parlamento. En esos países, un tratado solo puede aplicarse provisionalmente si se refiere a una cuestión que es competencia exclusiva del poder ejecutivo, o si el Parlamento ha dado su autorización previa. El Relator Especial debe examinar esos aspectos para formular proyectos de conclusiones, directrices o artículos sobre las condiciones de validez de las cláusulas de aplicación provisional.

31. Si bien en el artículo 25 de la Convención de Viena se especifica que la aplicación provisional es producto de un acuerdo entre las partes o los Estados negociadores,

nada prohíbe formalmente a un Estado formular una declaración unilateral sobre la aplicación provisional al margen de esa norma. Se trataría entonces de determinar los efectos que produciría esa declaración, en especial cuando el tratado guarda silencio sobre la cuestión de la aplicación provisional. En relación con el párrafo 60 del informe, sería interesante saber si, mediante una declaración unilateral de compromiso de aplicar provisionalmente un tratado, un Estado puede crear obligaciones para otros Estados antes de la entrada en vigor de ese tratado, cuando esos Estados no han firmado la cláusula de aplicación provisional.

32. Debe distinguirse entre la aplicación provisional de tratados bilaterales y multilaterales. En el segundo caso, la aplicación provisional da lugar a diversas situaciones con respecto a los Estados que han participado en la totalidad o en parte de las negociaciones, los Estados que han participado en las negociaciones y los que no lo han hecho, los Estados que han decidido aplicar provisionalmente el tratado y los Estados que se han adherido a un tratado ya en vigor. De conformidad con el artículo 19 de la Convención de Viena, se puede formular una reserva en el momento de firmar un tratado, es decir, durante su aplicación provisional. Ese es otro aspecto que el Relator Especial debe estudiar.

33. El Sr. KITTICHAISAREE dice que, habida cuenta de que la aplicación provisional de un tratado dependerá, entre otras cosas, de las disposiciones del derecho interno y las circunstancias particulares de cada Estado, la identificación de la práctica de los Estados, reflejada en las leyes internas, resultaría instructiva.

34. No está claro cómo ha llegado el Relator Especial, en el párrafo 14 de su informe, a la conclusión, de que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos, inclusive más allá de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado en cuestión, contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial alude a las reservas en el párrafo 25; sin embargo, convendría determinar si las normas sobre reservas que figuran en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena también rigen para los tratados aplicados provisionalmente. El Relator Especial tal vez considere útil examinar la práctica de los Estados que consideran que la aplicación provisional de los tratados es un mero acuerdo entre caballeros sin efectos jurídicos. En cuanto a los párrafos 48 y 49, debería haber explicado por qué los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados optaron por la expresión «aplicación provisional» en lugar de «entrada en vigor provisional». En los párrafos 60 a 68 del informe, el Relator Especial establece una distinción entre las obligaciones resultantes de la aplicación provisional que generan sus efectos exclusivamente en el ámbito interno y las que generan sus efectos en el plano internacional. No obstante, sería interesante saber por qué no ha considerado la posibilidad de distinguir antes en el informe entre los derechos creados por la aplicación provisional de los tratados en el plano interno y los creados en el plano internacional. Tampoco está claro por qué el Relator Especial ha supuesto que el artículo 70 de la Convención de Viena se aplica *mutatis mutandis* al régimen que resulte de la terminación de la aplicación provisional.

²⁸⁷ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, fondo, fallo de 25 de mayo de 1926, pág. 19.

35. El orador espera con interés encontrar respuestas a esas cuestiones en el próximo informe del Relator Especial.

Se levanta la sesión a las 16.20 horas.

3234ª SESIÓN

Jueves 31 de julio de 2014, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflich, Sr. Candiotti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Aplicación provisional de los tratados (conclusión) (A/CN.4/666, cap. II, secc. E, A/CN.4/675)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados a recapitular el debate sobre su segundo informe (A/CN.4/675).

2. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO (Relator Especial) dice que la riqueza de los debates ha confirmado la pertinencia del tema objeto de examen. La Comisión puede prestar una ayuda considerable a los Estados al definir el alcance de los efectos jurídicos que producen los tratados cuando se aplican provisionalmente. Para ello, como ha subrayado Sir Michael Wood, se debe partir del principio de que, sin perjuicio de lo que disponga el tratado específicamente, el Estado que ha convenido en aplicar provisionalmente la totalidad o parte de un tratado tiene los mismos derechos y obligaciones que le corresponderían si el tratado estuviera en vigor. De ello se desprende, como parece reconocer la mayoría de los miembros, que la violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado determina la aplicación del régimen de la responsabilidad de los Estados. El Sr. Forteau ha recordado, refiriéndose al artículo 13 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸⁸, que no hay violación de una obligación a menos que el Estado se halle «vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho», ya que el objetivo de esta disposición es codificar

la irretroactividad a los efectos de la responsabilidad internacional. Así pues, es la obligación la que debe estar en vigor, y lo estará en virtud de la aplicación provisional del tratado aunque este no haya entrado en vigor. Del mismo modo, como ha señalado el Sr. Šturma citando el artículo 12 de dichos artículos, el Estado incurre en responsabilidad en caso de violación de una obligación internacional «sea cual fuere el origen o la naturaleza» de esa obligación. El término «origen» se refiere a todas las fuentes posibles de obligaciones internacionales, es decir, a todos los procedimientos de creación de obligaciones jurídicas reconocidos en derecho internacional. En resumen, las cláusulas que prevén la aplicación provisional de un tratado producen efectos jurídicos y crean obligaciones para el Estado, que incurre en responsabilidad internacional si no las cumple.

3. Con respecto a la metodología, el orador desea aclarar que ha intentado enumerar los diferentes supuestos en que los Estados recurren a la aplicación provisional, sin pretender ser exhaustivo. Su objetivo era sistematizar el tratamiento de esa cuestión algo descuidada en los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 y en relación con la cual tanto la práctica como la doctrina y la jurisprudencia son escasas. Procurará, sin embargo, adoptar un método más inductivo que deductivo, siguiendo las recomendaciones del Sr. Forteau y Sir Michael Wood. Varios miembros han insistido en la relación existente entre el artículo 25 de la Convención de Viena y otros artículos del mismo instrumento, en especial entre la aplicación provisional de un tratado y la formulación de reservas. Esa cuestión se examinará en el tercer informe. Otra cuestión importante, que ha despertado un gran interés, es la aplicación provisional por efecto de un acto unilateral.

4. El orador reconoce que un Estado no puede decidir unilateralmente la aplicación provisional de la totalidad o parte de un tratado a menos que el propio tratado así lo disponga o que los Estados negociadores hayan convenido de otro modo en que el tratado puede aplicarse con carácter provisional, como se indica en el párrafo 33 del informe. No obstante, aunque los Estados negociadores del tratado hayan previsto la posibilidad de su aplicación provisional, esta solo crea obligaciones y surte efectos jurídicos a partir del momento en que se ha negociado la cláusula de aplicación provisional, y no cuando el Estado decide unilateralmente la aplicación provisional del tratado, excepto los supuestos en que son dos o más los Estados interesados. Ese es el desfase al que se refería el Relator Especial en su segundo informe; así pues, está claro que la aplicación provisional debe haber sido prevista por los negociadores o convenida de otro modo para que los Estados puedan decidir unilateralmente recurrir a ella.

5. No obstante, en la práctica se pueden dar situaciones que no se ajustan a ese marco estricto: la adhesión de la República Árabe Siria a la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción es un ejemplo de ello. Evidentemente, se trata de un caso excepcional, como bien ha señalado la Sra. Jacobsson, pero nada indica que no se vaya a reproducir en el futuro o que no puedan surgir otros casos igualmente excepcionales. Así pues, un Estado que no haya firmado un

²⁸⁸ Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53^{er} período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.