

## Capítulo VIII

### APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

#### A. Introducción

108. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Aplicación provisional de los tratados» y nombró Relator Especial del tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo<sup>383</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de un informe oral presentado por el Relator Especial en la 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, sobre las consultas oficiosas celebradas acerca del tema y presididas por él mismo. La Comisión también decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor relacionada con el derecho de los tratados y con los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

109. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664), cuyo objeto era determinar, en general, las principales cuestiones jurídicas que surgían en relación con la aplicación provisional de los tratados mediante el examen de los planteamientos doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica actual de los Estados. La Comisión tuvo también ante sí un memorando de la Secretaría (A/CN.4/658), que detallaba la historia de las negociaciones sobre el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 tanto en la Comisión como en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969, y contenía un breve análisis de algunas cuestiones de fondo suscitadas durante su examen.

110. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 3185.ª a 3188.ª, celebradas del 24 al 30 de julio de 2013.

##### 1. PRESENTACIÓN DEL PRIMER INFORME POR EL RELATOR ESPECIAL

111. El Relator Especial explicó que su informe preliminar tenía por objeto establecer los parámetros principales

<sup>383</sup> En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 267). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63.º período de sesiones (2011), con arreglo a la propuesta contenida en el anexo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese mismo período de sesiones (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367, y anexo III, págs. 219 a 221).

de la aplicación provisional de los tratados, a fin de alentar a los Estados a recurrir a ella en mayor medida. El punto de partida lógico era la Convención de Viena de 1969. El Relator dijo que por el momento prefería no abordar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales, prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986).

112. Al presentar una sinopsis de su informe, el Relator Especial señaló la discrepancia terminológica existente entre el proyecto de artículo aprobado por la Comisión en 1966, que hacía referencia a la «entrada en vigor provisional»<sup>384</sup>, y el artículo 25, que había sido modificado en la Conferencia de Viena para que dijera «aplicación provisional». El Relator señaló que, si bien se tenía constancia de que las dos expresiones se habían utilizado de manera prácticamente indistinta, un examen más atento revelaba que se trataba de conceptos jurídicos diferentes. El Relator Especial recordó además los posibles motivos por los que los Estados recurrían a la aplicación provisional, expuestos en su informe.

113. En cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación provisional, el Relator Especial observó que, en líneas generales, tales efectos podían depender del contenido de la norma sustantiva de derecho internacional que se estaba aplicando provisionalmente. Las consecuencias secundarias del incumplimiento de una obligación derivada de una norma que se estaba aplicando provisionalmente no se debían al hecho de esa aplicación provisional, sino a la aplicación normal de las normas secundarias de derecho internacional relativas al incumplimiento de las obligaciones. Se sugirió también que la aplicación provisional de los tratados tenía que considerarse en el contexto general del artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969.

114. Si bien expresó su intención de examinar más adelante la cuestión de los efectos jurídicos con mayor detalle, el Relator Especial recordó que los Relatores Especiales Fitzmaurice y Waldock habían mantenido la opinión de que la aplicación provisional de un tratado daba lugar a las mismas obligaciones que se derivarían de la entrada en vigor del tratado. El Relator Especial señaló a ese respecto la pertinencia del principio *pacta sunt servanda* enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. Además, recordó la opinión, expuesta en las consultas oficiosas celebradas en 2012, de que la aplicación provisional de un tratado creaba obligaciones que

<sup>384</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 231, proyecto de artículo 22.

no se limitaban a la de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor (artículo 18 de la Convención de Viena)<sup>385</sup>.

115. El Relator Especial señaló las características fundamentales del régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados, a saber: que puede preverse expresamente en un tratado, o bien mediante un acuerdo separado entre las partes; que los Estados pueden manifestar su intención de aplicar provisionalmente un tratado tanto de manera explícita como tácita; y que la terminación de la aplicación provisional puede producirse de manera unilateral o por acuerdo entre las partes.

116. El Relator Especial expresó su opinión preliminar de que el tema se prestaba más a la elaboración de directrices o cláusulas modelo que sirvieran de orientación a los gobiernos.

## 2. RESUMEN DEL DEBATE

117. La Comisión y el Relator Especial expresaron su reconocimiento a la Secretaría por la preparación del memorando.

118. Se dijo que, como política jurídica, era inapropiado que la Comisión tratara de promover la aplicación provisional de los tratados. Se citaron algunos ejemplos en que dicha aplicación provisional había sido contraproducente para la ratificación. Otros miembros señalaron que no era tarea de la Comisión alentar o desalentar el recurso a la aplicación provisional, ya que esa decisión era, en esencia, una cuestión de las políticas de los Estados. Desde la perspectiva del derecho internacional, los Estados eran libres para decidir si aplicaban o no un tratado de manera provisional. También se señaló que la importancia de poder recurrir a la aplicación provisional se veía confirmada por la frecuencia con que los Estados lo hacían. Lejos de considerarla un medio de debilitar los tratados, los redactores del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 habían estimado que se trataba de una manera práctica de garantizar la seguridad jurídica, por ejemplo en el caso de tratados sucesivos, al allanar a los Estados el camino para iniciar la cooperación en relación con un tratado.

119. Se expresó también la preocupación de que la aplicación provisional de los tratados planteaba graves cuestiones acerca de la posibilidad de eludir procedimientos internos establecidos, como por ejemplo requisitos constitucionales, para participar en un tratado. Otros miembros no compartían tales preocupaciones. Se observó que los Estados eran libres de establecer normas, en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sobre cómo proceder a nivel internacional. La Comisión tenía que partir del supuesto de que la aplicación provisional de los tratados se efectuaba de acuerdo con el derecho interno del Estado en cuestión (con sujeción a la aplicabilidad del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969). La tarea de la Comisión consistía simplemente en examinar en qué medida el derecho internacional actual debía tener en cuenta las limitaciones establecidas en el derecho interno de los Estados, sin considerar cuáles eran realmente esas

limitaciones. Desde la perspectiva del derecho internacional, el consentimiento de un Estado contratante era decisivo. Una vez había manifestado su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado, ya fuese en el propio tratado o mediante un acuerdo separado, el Estado no podía invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena de 1969). Se sugirió también que las preocupaciones por la posible elusión de las normas del derecho interno podían resolverse aclarando que la «aplicación provisional» de un tratado conllevaba que las obligaciones contraídas con arreglo al tratado serían vinculantes para el Estado. Esto ayudaría a los Estados a decidir si estaban facultados por la Constitución para aplicar provisionalmente un tratado.

120. Se observó que la tarea de la Comisión era preparar una guía práctica para uso de los Estados cuando negociaran nuevas cláusulas sobre la aplicación provisional o cuando interpretaran y aplicaran las cláusulas existentes, sobre todo teniendo en cuenta que los comentarios de 1966 sobre el derecho de los tratados no se ocupaban de aspectos importantes del texto del artículo 25 aprobado en Viena.

121. Se dijo que la tarea principal que debía acometerse era la de determinar el efecto jurídico de la aplicación provisional. Varios miembros opinaron que, salvo que las partes convinieran en otra cosa, el acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado implicaba que las partes interesadas asumían los derechos y obligaciones previstos en el tratado igual que si el tratado estuviese en vigor. Se opinó que la Comisión no debía atribuir ninguna importancia jurídica a la diferencia de terminología entre «entrada en vigor provisional» y «aplicación provisional». Según otra sugerencia, podía establecerse una distinción entre los tratados que se estaban aplicando provisionalmente y los acuerdos «provisionales» o «interinos». Se invitó además al Relator Especial a examinar la relación con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, como los artículos 18, 26, 27 y 46. Se expresaron diferentes opiniones acerca de la conveniencia de examinar cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados en el marco de este tema.

122. Se sugirió que el Relator Especial tratara de determinar si las normas del artículo 25 eran aplicables, como normas de derecho internacional consuetudinario o de otra manera, en los casos en que no se aplicaba la Convención de Viena. También se apuntó la conveniencia de considerar en qué medida el hecho de que un tratado se aplicase de manera provisional podía contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario.

123. También se sugirió la posibilidad de debatir las cuestiones siguientes: determinar si existían requisitos de procedimiento para la aplicación provisional de los tratados; considerar la relación entre las partes que aplicaban provisionalmente un tratado y terceros; analizar el requisito de que la intención de aplicar provisionalmente un tratado fuera clara e inequívoca; considerar la aplicabilidad de las normas relativas a las reservas a los tratados; analizar la distinción entre la aplicación provisional y la aplicación necesaria de determinadas disposiciones de un tratado desde el momento de la adopción de su texto (artículo 24, párrafo 4, de la Convención de Viena

<sup>385</sup> Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 144 a 155, en particular párr. 147.

de 1969); considerar la aplicabilidad de las normas sobre la interpretación de los tratados; estudiar la cuestión de la terminación de la aplicación provisional (incluido su efecto sobre la posición jurídica de terceros); examinar la posición de los Estados que no han firmado ni se han adherido a un tratado multilateral pero desean aplicarlo provisionalmente; examinar si determinadas disposiciones de un tratado, como aquellas por las que se establecen mecanismos de vigilancia, quedarían por definición fuera de la aplicación provisional; aclarar el alcance temporal de la aplicación provisional, incluida la posibilidad de una aplicación provisional indefinida; y considerar la cuestión de la retroactividad de las obligaciones una vez entra en vigor un tratado que se hubiese aplicado de manera provisional. Se propuso además que se estableciera una distinción general entre la aplicación provisional de tratados bilaterales y multilaterales.

124. Se expresó la preferencia de incluir en el ámbito de este tema el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, puesto que también las organizaciones internacionales podían recurrir a la aplicación provisional de los tratados.

125. Algunos miembros opinaron que era demasiado pronto para adoptar una posición acerca de los resultados finales a los que podría llegarse en este tema, mientras que algunos otros dijeron que unas conclusiones acompañadas de comentarios podrían resultar útiles para aclarar diversos aspectos relacionados con la aplicación provisional de los tratados.

### 3. CONCLUSIONES DEL RELATOR ESPECIAL

126. El Relator Especial indicó que la Comisión debía guiarse por la práctica de los Estados durante la negociación, aplicación e interpretación de los tratados que se estaban aplicando de manera provisional. Subrayó que compartía la opinión de que no debía parecer que la Comisión alentara o desalentara el recurso a la aplicación provisional. El objetivo era que los Estados viesan la cuestión con mayor claridad al negociar y aplicar cláusulas de aplicación provisional. En cuanto a la terminología, el Relator Especial indicó que, a pesar de que en la labor anterior de la Comisión se había hablado de «entrada en vigor provisional», debería darse precedencia a los términos utilizados en el artículo 25, a saber «aplicación

provisional». Opinó asimismo que valía la pena examinar la cuestión de si la aplicación provisional de los tratados tenía carácter de derecho internacional consuetudinario cuando se daba la situación de que dos o más Estados que pretendían aplicar provisionalmente un tratado no eran partes en la Convención de Viena ni habían concertado un acuerdo separado. Apoyó además la opinión de que no incumbía a la Comisión acometer un análisis de las normas internas de los Estados. Por consiguiente, las referencias a la legislación interna debían considerarse simplemente ejemplos ilustrativos de la posición adoptada por los Estados, y correspondía únicamente a los Estados determinar qué consecuencias tenía para su ordenamiento jurídico interno el recurso a la aplicación provisional.

127. El Relator Especial confirmó que tenía intención de examinar la relación entre el artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, en particular las relativas a la manifestación del consentimiento, la formulación de reservas, los efectos sobre terceros Estados, la aplicabilidad de las normas sobre interpretación, aplicación y terminación de los tratados, así como la nulidad de los tratados. Señaló asimismo la necesidad de considerar el aspecto temporal de la aplicación provisional, en particular si esta podía tener una duración indefinida. Además sugirió que se analizara el efecto jurídico de la aplicación provisional en el contexto de las normas de tratados que establecían los derechos de las personas. También valía la pena explorar la diferencia entre tratados multilaterales y tratados bilaterales.

128. El Relator Especial estuvo de acuerdo con los miembros que preferían no llevar a cabo un análisis de las normas aplicables sobre la responsabilidad de los Estados en relación con la aplicación provisional de los tratados. A su juicio, bastaba con indicar que el incumplimiento de una obligación derivada de un tratado que se estaba aplicando provisionalmente producía las consecuencias jurídicas a que se referían las normas establecidas en materia de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. También tomó nota del interés de algunos miembros por incluir la Convención de Viena de 1986 en el ámbito del tema.

129. El Relator Especial dijo que, a su entender, la elaboración de unas directrices con sus comentarios sería un resultado apropiado del examen de este tema.