



Asamblea General

Distr. general
3 de junio de 2013
Español
Original: español/inglés

Comisión de Derecho Internacional

65º período de sesiones

Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio
a 9 de agosto de 2013

Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados

Preparado por Juan Manuel Gómez-Robledo, Relator Especial

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.	2
II. Propósitos y utilidad de la aplicación provisional	7
III. Régimen jurídico de la aplicación provisional	10
IV. Conclusión y futuro plan de trabajo.	14



I. Introducción

A. Objetivo del presente informe

1. Este primer informe busca establecer de manera general —mediante la consideración de las aproximaciones doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica existente de los Estados— cuáles son las principales cuestiones jurídicas que surgen en relación con la aplicación provisional de los tratados. El punto de partida del análisis de la aplicación provisional será, por supuesto, el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

2. En ese sentido, dado que el objetivo del informe es identificar aquellos temas que deban ser objeto de mayor consideración en los informes subsecuentes y el correspondiente análisis por parte de la Comisión de Derecho Internacional, su alcance se limitará a sistematizar algunos aspectos generales de la figura de la aplicación provisional de los tratados, con vistas a determinar, en primer lugar, los parámetros principales de la utilidad de esta figura frente a las necesidades de los Estados y a la dinámica de las relaciones internacionales.

B. Antecedentes

3. El tema de la aplicación provisional de los tratados fue incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional durante su 63° período de sesiones en 2011 (A/66/10, párr. 365). Durante ese período de sesiones, el Sr. Giorgio Gaja presentó un documento que delineó algunos de los problemas jurídicos que se derivan de la aplicación provisional de los tratados (A/66/10, anexo C).

4. Durante su 64° período de sesiones, en 2012, la Comisión decidió inscribir el tema en su programa de trabajo y nombrar a un relator especial. En esa oportunidad, el recién designado Relator Especial condujo consultas informales con los miembros de la Comisión con miras a iniciar un diálogo respecto de aquellos tópicos que resultasen pertinentes para el tratamiento del tema y presentó un informe oral respecto de tales consultas. Al cabo de ello, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría la elaboración de un memorando sobre el trabajo previo realizado por la Comisión relativo al tema en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (A/67/10, párr. 143). El Relator Especial desea dejar constancia de su gran aprecio a la Secretaría por la elaboración del citado memorando (A/CN.4/658) que detalla la historia legislativa de la disposición contenida en el artículo 25 de la Convención de Viena y contiene, también, un muy útil análisis de algunas cuestiones sustantivas que surgen sobre el particular. Asimismo, el Relator Especial quiere manifestar que el debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General, con motivo de la consideración del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 64° período de sesiones, resultó de suma utilidad para la preparación del presente informe.

5. El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es el resultado de una discusión iniciada en la Comisión desde la década de los cincuenta del siglo pasado. La historia legislativa del artículo en cuestión resulta de gran relevancia para el tratamiento del tema. Como se menciona en el párrafo

anterior, la Secretaría elaboró un memorando que resume tanto los antecedentes históricos, como las cuestiones sustantivas que fueron examinadas por la Comisión durante el proceso que condujo a la redacción del artículo 25. El Relator Especial no considera necesario hacer resumen alguno, en este informe, de la investigación realizada por la Secretaría, sino que remite al documento A/CN.4/658, para fines de un análisis de los antecedentes del tema que nos ocupa.

6. De la misma manera, el Relator Especial no estima necesario, en esta etapa del estudio del tema, abordar el desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986. No obstante, este tema puede ser considerado en un momento posterior.

C. Terminología

7. El análisis de la figura de la aplicación provisional de los tratados debe partir de la distinción entre “aplicación provisional” y “entrada en vigor provisional”, términos que no son sinónimos y que se refieren a conceptos jurídicos distintos.

8. El tema de la entrada en vigor provisional fue propuesto formalmente por el Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, en el contexto de las modalidades y fecha de entrada en vigor y de los efectos jurídicos de la entrada en vigor de los tratados¹. El Comité de Redacción de la Comisión decidió, sin embargo, concentrar estos aspectos en un artículo único, titulado “entrada en vigor provisional”², el cual fue adoptado por la Comisión en primera lectura como el proyecto de artículo 24³. Durante la discusión en segunda lectura del proyecto de artículo, Paul Reuter mencionó que la frase “entrada en vigor provisional” era incorrecta y propuso sustituirla por el término “aplicación provisional”⁴. Sin embargo, la Comisión decidió retener el término “entrada en vigor provisional” y en 1965 adoptó, con algunas modificaciones al texto anterior, el proyecto de artículo 24⁵:

1. Un tratado puede entrar en vigor provisionalmente si:

- a) El propio tratado prescribe que entrará en vigor provisionalmente hasta la ratificación, la adhesión, la aceptación o la aprobación de los Estados contratantes; o
- b) Los Estados contratantes conviene en ello de otro modo.

2. La misma regla aplica para la entrada en vigor provisional de una parte de un tratado.

9. La Comisión adoptó el proyecto de artículo —renumerado como 22—, en segunda lectura⁶.

10. Es interesante notar, entre las reacciones que suscitó el proyecto de artículo, la postura de Estados como los Países Bajos que llegaron a concebir esta figura como

¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144, págs. 79 a 82.

² *Anuario ...*, 1962, vol. I, 668ª sesión, págs. 273 a 287.

³ *Anuario ...*, 1962, vol. II, doc. A/5209, párr. 23.

⁴ *Anuario ...*, 1965, vol. I, 790ª sesión, párr. 75.

⁵ *Anuario ...*, 1965, vol. II, doc. A/6009, párr. 29.

⁶ *Anuario ...*, 1966, doc. A/6309/Rev.1, parte II, párr. 38.

una situación que diera lugar solamente a un acuerdo no vinculante de entrada en vigor provisional, en cuyo caso los Estados podrían suspenderlo con libertad⁷. Ello ilustra que las consecuencias jurídicas de la entrada en vigor provisional de los tratados no eran del todo claras, por decir lo menos.

11. Sin embargo, durante la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se discutió una propuesta de enmienda presentada por Yugoslavia y Checoslovaquia para sustituir la frase “entrada en vigor provisional” por “aplicación provisional”. Diversas delegaciones apoyaron la idea de que debía hacerse una distinción entre la aplicación provisional y la entrada en vigor provisional⁸. Italia apoyó el cambio de expresión al manifestar que así se evitarían confusiones entre la mera aplicación, lo cual era una cuestión de práctica, y la entrada en vigor provisional, la cual era una noción jurídica formal⁹.

12. Por su parte, Francia y el Japón expresaron su preocupación respecto de la naturaleza jurídica indeterminada de la entrada en vigor provisional. La delegación japonesa cuestionó, además, si la práctica sería suficiente para crear una institución jurídica distinta, mientras que la delegación francesa expresó que la existencia de una práctica hacía necesario que la Convención salvaguardara la libertad de los Estados para acordar que cierto tratado podría entrar en vigor provisionalmente¹⁰.

13. Al establecer que lo que estaba en cuestión era la aplicación del tratado más que su entrada en vigor, la delegación israelí expresó que era necesario especificar que la palabra “provisionalmente” se refería al tiempo y no a los efectos jurídicos que llegara a producir¹¹.

14. Por otra parte, es interesante destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en su documento intitulado “Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties”, publicado en 1994, aborda de manera conjunta los temas relativos a la aplicación provisional y a la entrada en vigor provisional de los tratados, dando la impresión de que, para la Secretaría de las Naciones Unidas, por lo menos en esa época, ambas figuras jurídicas eran equiparables¹².

15. Sin embargo, en opinión de Aust, utilizar ambos términos de manera indistinta genera confusión y puede sugerir, equivocadamente, que un tratado se encuentra efectivamente en vigor, solo que sujeto a ciertas condicionantes¹³.

16. No cabe duda de que el uso indistinto de ambos términos efectivamente ha dado pie a confusiones sobre el alcance y contenido de la figura de la aplicación provisional de los tratados. Solo a título de ejemplo, piénsese en la incertidumbre que se derive de situaciones en las que las autoridades nacionales competentes de la

⁷ *Anuario ...*, 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, parte II, anexo.

⁸ Véanse las observaciones de Suiza y el Reino Unido en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria, 26ª sesión, párrs. 46 a 50.

⁹ *Ibid.*, párr. 43.

¹⁰ *Ibid.*, párrs. 39 a 41 y 45.

¹¹ *Ibid.*, párr. 44.

¹² *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.94.V.15), ST/LEG/7Rev.1, párrs. 237 a 241.

¹³ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2000), pág. 139.

implementación de un tratado desconozcan si la aplicación provisional acarrea o no consecuencias jurídicas. Inclusive, la confusión puede llegar a la cuestión de saber si acaso es necesario pasar por todos los trámites correspondientes a la ratificación de un tratado, cuya aplicación provisional haya sido acordada por las partes contratantes.

17. En todo caso, el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la norma mínima en la materia, al tenor de la siguiente disposición:

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone; o
- b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

18. Este artículo ha sido criticado por ser difícil de comprender¹⁴ y por carecer de precisión jurídica¹⁵. Sin embargo, también ha sido expresado que el contenido del artículo 25 establece el ámbito técnico, a partir del cual los Estados puedan poner en marcha la aplicación provisional de determinado tratado¹⁶.

19. Si bien en ocasiones la disposición antes citada fue descrita como el fundamento para la “entrada en vigor provisional” de un tratado, el artículo 25 se refiere de manera expresa a la aplicación provisional de un tratado y nada en su contenido sugiere la entrada en vigor.

20. El régimen jurídico dependerá tanto de la interpretación del Estado que recurre a esta figura, como de los términos en los que la aplicación provisional se encuentre pactada dentro de un tratado o en un acuerdo separado, cuando este sea el caso.

21. En efecto, toda vez que el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados supone su aplicación supletoria, y dada la ausencia de una regulación uniforme en la materia, el contenido y alcance de la aplicación provisional de un tratado dependerá, en gran medida, de los términos en los que dicha figura se encuentre prevista dentro del tratado mismo que será aplicado de manera provisional. En algunos casos, una cláusula única establece el régimen aplicable¹⁷, mientras que en otros su incorporación es mucho más compleja y

¹⁴ Albane Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (París, Éditions A. Pedone, 2005) pág. 111.

¹⁵ Marvin A. Rogoff y Barbara E. Gauditz, “The provisional application of international agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), núm. 1, pág. 41.

¹⁶ Anneliese Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding force and Legal Nature* (La Haya, Martinus Nijhoff, 2012), pág. 22.

¹⁷ Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597), art. 18; Tratado sobre el Comercio de Armas (A/CONF.219/2013/L.3), art. 23.

detallada y puede llegar a establecer una forma de régimen especial¹⁸. Todos estos aspectos plantean diferentes cuestiones de interpretación y alcance de la aplicación provisional de los tratados. Sin embargo, también aparecen ciertos elementos comunes que pueden servir de guía para identificar los posibles efectos jurídicos de dicha figura, los cuales serán mencionados más adelante.

22. Por ejemplo, y sin pretender en modo alguno establecer una tipología exhaustiva, se pueden identificar las siguientes características que dan cuenta de la diversidad de situaciones que se presentan en la práctica:

a) Algunos tratados establecen que se requiere de un acto de aceptación explícito de la aplicación provisional del tratado, mientras que otros no señalan nada al respecto;

b) Puede tratarse de una manifestación de voluntad de carácter unilateral, pero también entre dos o más partes contratantes;

c) En algunos casos, la declaración de aceptación de aplicación provisional puede presentarse desde el momento de la firma, mientras que en otros casos el tiempo para hacerlo es al depositar el instrumento de ratificación, adhesión o aceptación;

d) En otros, la aplicación provisional está limitada a determinadas disposiciones del tratado;

e) En ocasiones, la aplicación provisional concluye con la entrada en vigor del tratado en sí, mientras que en otras termina con la entrada en vigor del tratado respecto del Estado que ha decidido aplicarlo de manera provisional;

f) También es posible que la cláusula de aplicación provisional requiera o implique alguna manifestación de la intención del Estado de ratificar, a la postre, el tratado.

23. Sin embargo, es posible identificar ciertos elementos comunes que pueden servir de guía para identificar los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados:

a) En todos los casos, se requiere una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado para que se configure la aplicación provisional de un tratado;

b) En general, se pretende que la aplicación provisional sea un mecanismo con vocación transitoria en tanto se produce la entrada en vigor del tratado, si bien nada impide pensar que esta figura sirva también para vincular al Estado, por tiempo indefinido, tras la entrada en vigor del tratado, si ello se desprende de la voluntad de las partes.

24. A lo largo de este informe se hará referencia a algunos casos concretos que reflejan los elementos descritos en el párrafo anterior. Dicho ejercicio no pretende ser exhaustivo sino meramente ejemplificativo de la gran gama de posibilidades que ofrece la práctica de los Estados en la materia.

¹⁸ Tratado sobre la Carta de la Energía (1994), art. 45; Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, núm. 31364), art. 7.

II. Propósitos y utilidad de la aplicación provisional

25. El propósito de la aplicación provisional es el de conferir efecto inmediato a todas o a algunas de las disposiciones sustantivas de un tratado, sin esperar la conclusión y los efectos de los requisitos formales para la entrada en vigor que se contienen en el tratado¹⁹. De manera particular, tratase de un mecanismo que permite a los Estados dotar a un tratado de efectos jurídicos mediante la aplicación de sus disposiciones a determinados actos, hechos y situaciones antes de que entre en vigor el tratado²⁰. A su vez, esta figura ha sido definida como la aplicación y adhesión vinculante a los términos de un tratado en espera de su entrada en vigor²¹, y como una forma simplificada de obtener la aplicación de un tratado o de una parte del mismo por un período limitado²².

26. A continuación, se abordarán algunos de los principales motivos que pueden llevar a los Estados a recurrir a la aplicación provisional de los tratados.

A. Urgencia

27. Durante la Conferencia de Viena, Rumania y Venezuela hicieron énfasis en la necesidad de esta disposición para situaciones de urgencia²³. Estas circunstancias se han presentado, por ejemplo, en tratados relativos al cese de hostilidades²⁴. Tal es el caso de cláusulas contenidas en el *Pacte d'entente balkanique* de 1934²⁵ o en el Tratado de Paz de Moscú entre Finlandia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1940²⁶. Por otra parte, la necesidad de establecer cláusulas de aplicación provisional ha sido de suma relevancia en el caso de desastres naturales. Las Convenciones sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares y sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, presentan disposiciones expresas sobre su aplicación provisional. Estas convenciones fueron celebradas como reacción al accidente en la central nuclear de Chernóbil en 1986. Otro caso de urgencia que fue invocado desde los trabajos en la Comisión fue aquel relativo a los tratados de comercio o aduaneros²⁷.

¹⁹ Denise Mathy, "Article 25" en O. Corten y P. Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011), pág. 640.

²⁰ Mertsch, nota 16 *supra*.

²¹ René Lefeber, "Treaties, provisional application" en R. Wolfrum, ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2008), párr. 1, disponible en www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-el486&recno=1&author=Lefeber%20%20Ren%C3%A9.

²² Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 354.

²³ *Documentos oficiales ...*, nota 8 *supra*, 27ª sesión, párr. 5, y 26ª, párr. 29.

²⁴ Heike Krieger, "Article 25" en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Heidelberg y Nueva York, Springer 2012, pág. 408.

²⁵ Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 153, núm. 3514.

²⁶ *American Journal of International Law*, vol. 34 (1940) (Supplement), pág. 127.

²⁷ *Anuario ... 1959*, vol. I, 487ª sesión, párr. 37.

B. Flexibilidad

28. La aplicación provisional fue reconocida por varias delegaciones durante la Conferencia de Viena como una disposición que reflejaba la cada vez más creciente práctica de los Estados en la materia²⁸. Delegaciones como las de Costa Rica e Italia señalaron que esta constituiría una herramienta que dotaría de flexibilidad al régimen de los tratados²⁹.

29. Este elemento de flexibilidad en el régimen de los tratados puede presentarse de distintas maneras. Durante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, el Sr. El-Erian identificó que esta podría ser útil en momentos en que la materia sobre la cual versa un tratado requiere de atención urgente, en situaciones en las cuales la implementación del tratado está revestida de gran relevancia política o aquellos en los que es importante no esperar los largos procesos que suponen los requerimientos constitucionales de los Estados para la aprobación de los tratados³⁰.

30. La flexibilidad que provee la aplicación provisional de un tratado también puede llevar a consecuencias distintas. En este sentido, Geslin sugiere que la aplicación provisional puede emplearse para modificar las disposiciones de un tratado sin tener que recurrir al procedimiento de enmienda³¹. Por el contrario, Dalton propone que la aplicación provisional generalmente tiene lugar después de que los Estados signatarios han acordado proceder a aplicar las disposiciones de un tratado, pero antes de completar los pasos que deben tomar, al amparo de su derecho interno, para que el tratado entre formalmente en vigor. De esta manera, explica que los acuerdos concluidos en forma simplificada, i.e., aquellos acuerdos que entran en vigor únicamente con la firma, no son susceptibles de ser aplicados provisionalmente³².

C. Precaución

31. La aplicación provisional de un tratado puede plantearse cuando los Estados han alcanzado acuerdos de gran sensibilidad política y busquen generar la confianza que permita evitar que, durante el proceso de ratificación, las partes contratantes lleguen a cambiar de opinión respecto de su intención de conseguir la entrada en vigor del tratado de que se trate³³. Krieger señala, como ejemplos de esta situación, el Protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado

²⁸ *Documentos Oficiales* ..., nota 8 *supra*, 26ª sesión, declaraciones formuladas por los representantes de Venezuela (párrs. 29 y 31), Israel (párr. 44), Francia (párr. 45), Suiza (párr. 46) y el Reino Unido (párr. 48), y 27ª sesión, declaraciones formuladas por Camboya (párr. 4) y Rumania (párr. 5), y *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.70.V.6), actas resumidas de las sesiones plenarias, 11ª sesión plenaria, declaraciones formuladas por Grecia (párr. 23), Italia (párr. 83) y Polonia (párr. 87).

²⁹ *Ibid.*, párr. 82 (Costa Rica).

³⁰ *Anuario ... 1965*, vol. I, 790ª sesión, párr. 96.

³¹ Geslin, nota 14 *supra*, pág. 32. En lo que respecta a la aplicación provisional en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véase Tullio Treves, "L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme", en *Annuaire français de droit international*, vol. XXXIX (1993), pág. 869.

³² Robert E. Dalton, "Provisional application of treaties" en D. B. Hollis, ed., *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 221.

³³ Krieger, nota 24 *supra*, pág. 409.

sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 1990, el Tratado de Cielos Abiertos de 1992 y el Tratado entre los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia sobre Ulteriores Reducciones y Limitaciones de las Armas Estratégicas Ofensivas de 1993³⁴. Lefeber, por su parte, señala que la aspiración de adoptar medidas que fomenten la confianza —particularmente en regímenes económicos— suelen ser el origen de disposiciones de aplicación provisional³⁵. El artículo 23 del Tratado sobre el Comercio de Armas es un ejemplo de ello³⁶. Por otra parte, la importancia de los bienes jurídicos protegidos por el tratado puede llevar a los Estados a la búsqueda de su aplicación provisional. Por ejemplo, al momento de su ratificación, Austria, Mauricio, Sudáfrica, Suecia y Suiza emitieron declaraciones de aplicación provisional de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, aduciendo consideraciones humanitarias³⁷.

32. Este podría ser también el caso del Tratado de Comercio de Armas adoptado el 2 de abril de 2013 por la Asamblea General (véase la resolución 67/234 B) o los Acuerdos de Fronteras Marítimas entre los Estados Unidos y Cuba³⁸. En este último caso, existe un acuerdo sobre la aplicación provisional, el cual se ha renovado en diferentes ocasiones³⁹.

D. Transición hacia una entrada en vigor inminente

33. Algunos tratadistas han considerado otros motivos para procurar la aplicación provisional. Entre los principales, está la prevención de lagunas jurídicas entre regímenes convencionales sucesivos⁴⁰. El artículo 7 del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 es un ejemplo de ello⁴¹. La aplicación provisional contenida en dicha cláusula correspondía al interés de asegurar que, ante la inminencia de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁴² —al haberse ya reunido los instrumentos de ratificación necesarios—, se asegurara que la interpretación de la Parte XI fuera efectiva antes de la entrada en vigor de la Convención.⁴³

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Lefeber, nota 21 *supra*, párr. 2.

³⁶ “Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que aplicará provisionalmente lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del presente Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado” (A/CONF.217/2013/L.3, anexo).

³⁷ Andrew Michie, “The provisional application of arms control treaties”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, núm. 3 (2005), pág. 362, citado en Krieger, nota 24 *supra*, pág. 409.

³⁸ Acuerdo de Fronteras Marítimas entre los Estados Unidos de América y la República de Cuba, 16 de diciembre de 1977, art. V.

³⁹ Acuerdos entre los Estados Unidos de América y la República de Cuba por los que se prorroga la aplicación provisional del Acuerdo de 16 de diciembre de 1997, efectuados mediante canje de notas en La Habana y Washington los días 27 y 28 de diciembre de 1979, 16 y 28 de diciembre de 1981, 27 y 30 de diciembre de 1983, y 3 de diciembre de 1985.

⁴⁰ Lefeber, nota 21 *supra*, párr. 2.

⁴¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, núm. 31364.

⁴² *Ibid.*, vol. 1833, núm. 31363.

⁴³ Krieger, nota 24 *supra*, pág. 410.

E. Otros

34. Los tratados también pueden ser aplicados provisionalmente en aras de agilizar su implementación en forma previa a la culminación de los procesos constitucionales que llevan a su ratificación y entrada en vigor. Ello también ha sido considerado deseable para la creación de un incentivo a favor de la ratificación⁴⁴. Durante la Conferencia de Viena, Rumania señaló que la aplicación provisional era una herramienta que permitía evitar demoras en la ratificación, aprobación o aceptación⁴⁵. Malasia observó que la aplicación provisional de un tratado era útil para evitar la demora que suponía el seguir los trámites nacionales tradicionales⁴⁶. Es decir, en ocasiones las ventajas que ofrece la aplicación provisional son consideradas a la luz de los efectos que esta producirá a nivel interno, dejando en segundo plano los efectos jurídicos internacionales.

35. La práctica reciente de la Unión Europea resulta relevante en este sentido⁴⁷. No obstante, también se han presentado posturas que llaman a la prudencia. Grecia, por ejemplo, señaló que la aplicación provisional de tratados podía llevar a conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno⁴⁸. Las delegaciones de Viet Nam, Venezuela, Suiza, los Estados Unidos y Malasia plantearon observaciones en este mismo sentido⁴⁹. También se ha dicho que la aplicación provisional de un tratado puede también constituir un subterfugio para obviar los requisitos jurídicos internos para su aprobación y posterior ratificación o simplemente para evitar situaciones de política interna que impiden siquiera suponer que se pueda plantear la posibilidad de que el órgano legislativo competente conozca del tratado. Un ejemplo relevante de tal situación y de los dilemas que la acompañan es el Acuerdo de Fronteras Marítimas celebrado entre los Estados Unidos y Cuba en 1977⁵⁰.

III. Régimen jurídico de la aplicación provisional

36. Como se mencionó al inicio de este informe, si bien el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece un marco general de regulación para la aplicación provisional de los tratados, este no comprende la totalidad del régimen jurídico aplicable en la materia. El régimen jurídico que regule de manera primordial la aplicación provisional será aquel que se encuentre establecido para ello en el tratado en el que se contemple la aplicación de dicha figura o en la forma en que hayan convenido las partes contratantes.

37. Evidentemente, la aplicación provisional de los tratados tiene consecuencias jurídicas que se generarán tanto al interior del Estado, como internacionalmente. Un acuerdo sobre la aplicación provisional producirá, como cualquier otro compromiso interestatal, efectos jurídicos a nivel internacional⁵¹. Sin embargo, dada la amplia

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 408.

⁴⁵ *Documentos Oficiales ...*, nota 8 *supra*, 27ª sesión, párr. 5.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 7.

⁴⁷ Bartels, “Withdrawing provisional application of treaties: Has the EU made a mistake?”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. I, núm. 1 (2012), pág. 118.

⁴⁸ Nota 28 *supra*, declaración formulada por Grecia.

⁴⁹ *Documentos Oficiales ...*, nota 8 *supra*, 26ª sesión, párrs. 26, 30, 46 y 51, y 27ª sesión, párr. 7, respectivamente.

⁵⁰ Véase la nota 38 *supra*.

⁵¹ D. Mathy, nota 19 *supra*, pág. 652.

consideración que merece el análisis de dicho tema, el estudio sobre los efectos jurídicos será abordado en un momento posterior, lo cual permitirá explorar también, de ser el caso y de considerarlo pertinente la Comisión, el impacto que estos puedan tener en el régimen de responsabilidad internacional del Estado.

38. Cabe destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en su *Manual de tratados*, al abordar el tema de la aplicación provisional señala:

Un Estado aplica provisionalmente un tratado que ha entrado en vigor cuando se compromete unilateralmente, de conformidad con sus disposiciones, a dar efectividad provisionalmente a las obligaciones del tratado, incluso aunque no se hayan completado aún sus requisitos procesales internos para la ratificación, la aprobación, la aceptación o la adhesión en la esfera internacional. La intención del Estado será generalmente ratificar, aprobar o aceptar el tratado o adherirse a él una vez que se hayan completado sus requisitos nacionales de procedimiento. [...] Por el contrario, un Estado que haya consentido en obligarse por un tratado mediante la ratificación, la aprobación, la aceptación, la adhesión o la firma definitiva se regirá por las normas sobre retiro o denuncia especificadas en el tratado, que se consideran en la sección 4.5 (véanse los artículos 54 y 56 de la Convención de Viena de 1969)⁵².

39. Es interesante notar que el enfoque antes presentado supone que un Estado aplicará provisionalmente un tratado que ya se encuentra en vigor, en tanto entra en vigor para ese Estado en particular. Sin embargo, como se ha mencionado, generalmente se asume que el régimen previsto en el artículo 25 de la Convención de Viena parte de la hipótesis de la aplicación provisional cuando el tratado aún no se encuentra en vigor.

40. A continuación, se pasa revista a algunas de las modalidades que resultan de la práctica de los Estados.

A. Fuente de las obligaciones

1. En una cláusula del tratado

41. Ejemplos de esto son el artículo 7 del Protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa⁵³ o el artículo 10 del convenio para evitar la doble tributación entre Bélgica y Francia de 1947⁵⁴.

2. En un acuerdo separado respecto del tratado

42. La aplicación provisional de una parte de un tratado puede regularse por medio de un acuerdo separado y distinto a dicho tratado. Ejemplos de esto son el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, el Acuerdo relativo a la aplicación provisional de los proyectos de convenciones aduaneras internacionales

⁵² *Manual de tratados* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.02.V.2, secc. 3.4).

⁵³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2441, núm. 44001.

⁵⁴ Convenio para evitar la doble imposición, 29 de diciembre de 1947, Bélgica-Francia (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 46, núm. 204), art. 10.

sobre turismo, sobre vehículos comerciales de carretera y sobre el transporte internacional de mercaderías por carretera y el Arreglo concluido entre los Gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud.

B. Formas de la manifestación de la voluntad

43. Tanto en los casos en los que hay una cláusula que lo prevé, como en los que las partes proceden a celebrar un acuerdo separado, dado que el compromiso adquirido por el Estado en el sentido de aplicar provisionalmente un tratado, o partes de él, es resultado de una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado, ya sea implícita o explícita, tal manifestación de la voluntad constituye el origen de las obligaciones interestatales que se generen.

44. No obstante, hay quienes consideran que, dependiendo la forma en la que se exprese la cláusula de aplicación provisional, el consentimiento de los Estados puede quedar en duda⁵⁵. Por un lado, se encuentran las formulaciones sencillas, es decir, aquellas que no sujetan la aplicación provisional a ninguna modalidad particular⁵⁶. Por el otro, existen cláusulas que pueden sujetar la aplicación provisional a la compatibilidad que esta tenga con el derecho interno de los Estados⁵⁷. Aunque la cuestión de derecho interno no se discutirá en este informe, resulta pertinente señalar que, para efectos de esta sección, una condición de esta naturaleza resulta irrelevante, siempre y cuando el consentimiento de los Estados se encuentre libre de vicios, y considerando que el Estado expresó su voluntad de aplicar provisionalmente el tratado bajo las modalidades que se estipulen. Baste señalar que, en principio, el derecho interno no constituye un obstáculo para la aplicación provisional⁵⁸. Por supuesto, cabe señalar que, en todo lo que no se estipule en el régimen particular de la aplicación provisional de determinado tratado, se estará a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

1. Expresa

45. Si bien las partes pueden manifestar su voluntad de aplicar provisionalmente un tratado⁵⁹, también se puede hacer una declaración en el sentido negativo, es

⁵⁵ Al respecto, véase Quast, nota 16 *supra*, págs. 198 y 199.

⁵⁶ Por ejemplo, “This Agreement shall be applied provisionally from 1 January 2006”, en el Acuerdo de 2005 entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo al transporte de gas natural por gasoducto entre el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2398, núm. 43316), art. 20, párr. 2.

⁵⁷ Por ejemplo, “Pending the entry into force of the present Convention in accordance with the provisions of Article 11, the signatory States agree, in order to avoid any delay in the implementation of the present Convention, to apply it provisionally from the date of signature, *in conformity with their respective constitutional systems*” (énfasis añadido). Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea, Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 50, art. 17.

⁵⁸ Mathy, nota 19, *supra*, pág. 646.

⁵⁹ Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (1994), art. 7, párr. 1 (c).

decir, que expresamente los Estados señalen que no se aplicará provisionalmente un tratado⁶⁰.

46. El artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)⁶¹ señala que:

2. a) No obstante lo dispuesto en el apartado 1 cualquier signatario podrá, en el momento de la firma, entregar al depositario una declaración de su imposibilidad de aceptar la aplicación provisional. La obligación recogida en el apartado 1 no se aplicará al signatario que efectúe dicha declaración. Tal signatario podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la declaración mediante notificación por escrito al depositario.

2. Tácita

47. El Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (1994), es un ejemplo de una aceptación tácita en virtud del párrafo 1 (a) del artículo 7, el cual establece:

Aplicación provisional.

1. Si este Acuerdo no ha entrado en vigor el 16 de noviembre de 1994, será aplicado provisionalmente hasta su entrada en vigor por:

a) Los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General de las Naciones Unidas, salvo aquellos que antes del 16 de noviembre de 1994 notifiquen al depositario por escrito que no aplicarán en esa forma el Acuerdo o que consentirán en tal aplicación únicamente previa firma o notificación por escrito.

C. Formas de terminación

48. Salvo en los casos en los que la aplicación provisional concluya de manera natural con la entrada en vigor del instrumento en cuestión, la terminación también dependerá de la manifestación de la voluntad del Estado, conforme al segundo párrafo del artículo 25.

1. Notificación unilateral

49. El Manual de tratados de la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría refleja la regla general que se encuentra codificada en el segundo párrafo del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

El Estado puede dar por terminada unilateralmente esa aplicación provisional en cualquier momento, a menos que en el tratado se disponga otra cosa (véase el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969)⁶².

50. De la misma forma el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía (1990) menciona la posibilidad de terminar la aplicación provisional, siempre que el Estado manifieste su intención de no ser Parte del Tratado:

⁶⁰ *Ibid.*, art. 7, párr.1 (b).

⁶¹ www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf.

⁶² *Manual de tratados*, nota 52 *supra*, secc. 3.4.

3. a) Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte contratante en el Tratado. La terminación de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que el depositario reciba la mencionada comunicación.

2. Por disposición de las partes

51. El artículo 7 del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar señala:

3. La aplicación provisional terminará en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo. En todo caso, la aplicación provisional terminará el 16 de noviembre de 1998 si en esa fecha no se ha cumplido el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 6 de que hayan consentido en obligarse por este Acuerdo al menos siete de los Estados mencionados en el apartado a) del párrafo 1 de la resolución II (de los cuales al menos cinco deberán ser Estados desarrollados).

52. Lo interesante del artículo citado es que la terminación de la aplicación provisional del Acuerdo no requiere un acto o declaración del Estado, sino que se perfecciona con alcanzar la fecha prevista para ello.

IV. Conclusión y futuro plan de trabajo

53. Las consideraciones y los elementos de juicio que han sido desarrollados en este primer informe llevan a plantear varios aspectos que podrían resumirse como sigue:

a) El recurso a la figura de la aplicación provisional de los tratados no es uniforme u homogéneo y de tal situación puede deducirse una falta de conocimiento de los Estados de las posibilidades que encierra;

b) Sin duda, la práctica reseñada ilustra la utilidad que, en determinadas circunstancias, puede tener la aplicación provisional de los tratados para asegurar los efectos del tratado de que se trate o a partes de él;

c) La diversidad de situaciones que se observa en el plano de las relaciones contractuales entre los Estados amerita detenerse en la cuestión de conocer la práctica de los Estados, aunque sea solo a la manera de tener un muestreo de los regímenes de derecho interno más representativos;

d) Como toda institución regulada por el derecho internacional, debe plantearse la cuestión de determinar si existen requisitos procesales que deban ser satisfechos para que pueda recurrirse a la aplicación provisional de los tratados;

e) Cabe preguntarse qué relación existe entre el régimen del artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, asimismo, con otras reglas del derecho internacional;

f) Por último, si se considera que la aplicación provisional de un tratado produce algunos efectos jurídicos, deben determinarse las consecuencias jurídicas de una violación de las obligaciones contraídas bajo su amparo.

54. El próximo informe pretende abordar todas estas cuestiones, con el objetivo de identificar si, habida cuenta de la utilidad que se asume reviste la figura de la aplicación provisional de los tratados, pudiesen elaborarse directrices o cláusulas modelos que sirvan a los Estados para un uso más frecuente de esta figura. El propósito que tiene en mente el Relator Especial es claramente el de generar incentivos para un mayor recurso a esta figura del derecho de los tratados y por ahora, por lo menos, no pretende nada más ambicioso. En cualquier caso, habrá que evitar caer en la tentación de querer regular en exceso una institución, cuya auténtica virtud tiene mucho que ver con el grado de flexibilidad que deja a las partes contratantes el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

55. De momento, el Relator Especial aguarda los comentarios y sugerencias de los miembros de la Comisión, los que agradece de antemano.
