

LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS*

Juan Manuel GÓMEZ-ROBLEDO V.

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Propósitos y utilidad de la aplicación provisional*. III. *Régimen jurídico de la aplicación provisional*. IV. *Efectos jurídicos de la aplicación provisional*. V. *Origen de las obligaciones*. VI. *Derechos*. VII. *Obligaciones*. VIII. *Terminación de las obligaciones*. IX. *Consecuencias jurídicas de la violación de un tratado aplicado provisionalmente*. X. *Régimen de responsabilidad*. XI. *Aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales*. XII. *Aplicación provisional de tratados negociados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales*. XIII. *Aplicación provisional de tratados de los que organizaciones internacionales son parte*. XIV. *Conclusión*.

I. ANTECEDENTES

Este ensayo 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 (CVDT).

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 sexagésimo tercer periodo de sesiones en 2011.¹ Durante ese

* Este ensayo constituye una síntesis, adaptada a las necesidades de esta obra colectiva, del primer y segundo informes presentados por el autor a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en la que se desempeña como relator especial sobre la aplicación provisional de los tratados, durante el periodo de 2012 a 2016.

¹ Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo periodo ordinario de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10) párr. 365.

periodo de sesiones, Giorgio Gaja presentó un documento que delineó algunos de los problemas jurídicos que se derivan de la aplicación provisional de los tratados.²

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. Y la historia legislativa del artículo en cuestión resulta de gran relevancia para el tratamiento del tema.

Asimismo, 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.

El tema de la entrada en vigor provisional fue propuesto formalmente por el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, Humphrey Waldock, en el contexto de las modalidades y fecha de entrada en vigor, así como de los efectos jurídicos de la entrada en vigor de los tratados.³ El Comité de Redacción de la Comisión decidió, sin embargo, concentrar estos aspectos en un artículo único, titulado “entrada en vigor provisional”,⁴ el cual fue adoptado por la Comisión, en primera lectura, como el proyecto de artículo 24.⁵ Durante la discusión en segunda lectura del proyecto de artículo, Paul Reuter mencionó que la frase “entrada en vigor provisionalmente” era incorrecta y propuso sustituirla por el término “aplicación provisional”.⁶ No obstante, la Comisión decidió retener el término original y en 1965 adoptó, con algunas modificaciones al texto anterior, el proyecto de artículo 24:

1. Un tratado puede entrar en vigor provisionalmente si:
 - a) El tratado mismo estipula que entrará en vigor provisionalmente hasta que se cuente con la ratificación, adhesión, aceptación o aprobación de los Estados contratantes; o
 - b) Los Estados contratantes lo han acordado de alguna otra manera.
2. La misma regla aplica para la entrada en vigor provisional de alguna parte de un tratado.

² Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo periodo ordinario de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10) Annex C, A/66/10.

³ *First Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock*, YILC, 1962, vol. II, Doc. A/CN.4/144 and Add., at 168-71.

⁴ A/CN.4/SR.668.

⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su labor en su décimo cuarto periodo ordinario de sesiones, documentos oficiales de la Asamblea General, séptimo periodo ordinario de sesiones, Suplemento núm. 9 (A/5209) at 182.

⁶ *Summary record of the 790th meeting*, I, 1965, YILC, Doc.A/CN.4/SR.790, at 106.

Así pues, la Comisión adoptó el proyecto de artículo —renumerado como 22— en segunda lectura.⁷

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 una situación que diera lugar solamente a un acuerdo no vinculante de entrada en vigor provisional, en cuyo caso los Estados podrían suspenderlo con libertad.⁸ Ello ilustra que las consecuencias jurídicas de la entrada en vigor provisional de los tratados no eran del todo claras, por decir lo menos.

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 provisional.⁹ 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 formal.¹⁰

Por su parte, Francia y Japón expresaron su preocupación respecto de la naturaleza jurídica indeterminada de la entrada en vigor provisional.¹¹ 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 provisionalmente.¹²

⁷ “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Adopted by the International Law Commission at its Eighteenth Session”, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions*, at 30.

⁸ *Comments by Governments on the Draft Articles on the Law of Treaties Drawn Up by the Commission at its Fourteenth, Fifteenth and Sixteenth Session*, Doc. A/CN.4/182 and Corr. 1&2 and Add.1, 2/Rev. 1&3, YILC, 1966, vol. II, at 316.

⁹ Véanse los comentarios de Suiza y del Reino Unido en *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.26, at 142.

¹⁰ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.26, at 140.

¹¹ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.26, at 140, 141.

¹² *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.26, at 142.

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 producir.¹³

Por otra parte, es interesante destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, en su documento titulado “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 equiparables.¹⁴

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, sólo que sujeto a ciertas condicionantes.¹⁵

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. Sólo a título de ejemplo, pensemos en la incertidumbre que se derivaría de situaciones en las que las autoridades nacionales competentes de la implementación de un tratado desconozcan si la aplicación provisional acarrea o no consecuencias jurídicas. Inclusive, la confusión podría 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. 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 éste notifica a los Estados entre los cuales

¹³ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.26, at 142.

¹⁴ *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, at 70, paras. 237-241.

¹⁵ Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 139.

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.

Este artículo ha sido criticado por ser difícil de comprender,¹⁶ así como por carecer de precisión jurídica.¹⁷ Pero también se ha expresado que el contenido del artículo 25 establece el ámbito técnico, a partir del cual los Estados pueden poner en marcha la aplicación provisional de determinado tratado.¹⁸

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.

El régimen jurídico dependerá tanto de la interpretación del Estado que recurra 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 éste sea el caso.

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 aplicable,¹⁹ mientras que en otros su incorporación es mucho más compleja y detallada, y puede llegar a establecer una forma de régimen especial.²⁰ 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.

¹⁶ Geslin, Albane, *La Mise en Application Provisoire des Traités*, Pedone, 2005.

¹⁷ Rogoff, Martin y Gauditz, Barbara, “The Provisional Application of International Agreements”, *Maine Law Review* 39, 1987, pp. 29 y 41.

¹⁸ Quast Mertsch, Anneliese, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

¹⁹ Convención Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, U.N.T.S., vol. 2056, p. 211, artículo 18; Tratado de Comercio de Armas, artículo 23.

²⁰ Tratado sobre la Carta de Energía (1990) artículo 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, 1994, artículo 7.

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.

No obstante, es posible identificar ciertos elementos comunes que pueden servir de guía para determinar 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; y
- 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 y tras la entrada en vigor del tratado, si ello se desprende de la voluntad de las partes.

II. PROPÓSITOS Y UTILIDAD DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL

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 espe-

rar la conclusión y los efectos de los requisitos formales para la entrada en vigor que se contienen en el tratado.²¹ De manera particular, se trata 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 tratado.²² 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 vigor,²³ y como una forma simplificada de obtener la aplicación de un tratado, o de una parte del mismo, por un periodo limitado.²⁴

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

1. Urgencia

Durante la Conferencia de Viena, Rumania y Venezuela hicieron énfasis en la necesidad de esta disposición —aplicación provisional de tratados— para situaciones de urgencia.²⁵ Estas circunstancias se han presentado, por ejemplo, en tratados relativos al cese de hostilidades.²⁶ Tal es el caso de cláusulas contenidas en el *Pacte d'entente Balkanique* de 1934²⁷ o en el Tratado de Paz de Moscú entre Finlandia y la URSS de 1940.²⁸ 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.

²¹ Mathy, Denise, “Article 25”, en Corten, Oliver y Klein, Pierre (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, vol. I, Cambridge University Press, 2011, p. 640.

²² Quast Mertsch, Anneliese, *op. cit.*

²³ Lefeber, René, “Treaties, Provisional Application”, *MPEPIL*, 2012, párr. 1.

²⁴ Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, MNP, 2009, p. 354.

²⁵ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, 26th Meeting of the Committee of the Whole, párrs. 5 y 29.

²⁶ Springer, p. 407.

²⁷ 153 LNTS 154.

²⁸ (1940) 34 AJIL Supp 127.

Otro caso de urgencia que fue invocado desde los trabajos en la Comisión fue aquel relativo a los tratados de comercio o aduaneros.²⁹

2. *Flexibilidad*

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 materia.³⁰ Delegaciones como Costa Rica e Italia señalaron que ésta constituiría una herramienta que dotaría de flexibilidad al régimen de los tratados.³¹

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-Erian identificó que ésta podría ser útil en momentos en que la materia sobre la que versa un tratado requiere de atención urgente, en situaciones en las cuales la implementación del tratado tiene gran relevancia política o aquéllos en los que es importante no esperar los largos procesos que suponen los requerimientos constitucionales de los Estados para la aprobación de los tratados.³²

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 enmienda.³³

Por el contrario, Dalton propone que la aplicación provisional generalmente tiene lugar después de que los Estados signatarios han acordado

²⁹ A/CN.4/SR.487, párr. 37.

³⁰ Declaración del delegado de Venezuela, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, 26th Meeting of the Committee of the Whole, pp. 29 y 31; Israel (*ibidem*, párr. 44), Francia (*ibidem*, párr. 45), Suiza (*ibidem*, párr. 46), Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*ibidem*, párr. 48), Camboya (*ibidem*, 27th Meeting of the Committee of the Whole, párr. 4), Rumania (*ibidem*, párr. 5), Italia (*ibidem*, vol. II, 11th plenary meeting, párr. 83) y Polonia (*ibidem*, párr. 87). Declaración del delegado de Grecia. *ibidem*, vol. II, 11th plenary meeting, párr. 737.

³¹ Declaración del delegado de Costa Rica. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. II, 11th plenary meeting, párr. 87.

³² Statement by El-Erian, *Yearbook of the International Law Commission*, 1965, vol. II, 790th meeting, p. 108, párr. 96.

³³ Geslin, Albane, *op. cit.*, p. 32; With Regard to Provisional Application in the Context of the United Nations Convention on the Law of the Sea, véase Treves, T., “L’entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme”, 1993, 39 AFDI, pp. 850 y 869.

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, es decir, aquellos acuerdos que entran en vigor únicamente con la firma, no son susceptibles de ser aplicados provisionalmente.³⁴

3. Precaución

La aplicación provisional de un tratado puede plantearse cuando los Estados han alcanzado acuerdos de gran sensibilidad política y buscan 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 del que se trate.³⁵

Krieger señala como ejemplos de esta situación, el protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado de las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 1990, el Tratado sobre Cielos Abiertos de 1992 y el segundo Tratado sobre la Reducción de Armas Estratégicas entre Estados Unidos y Rusia de 1993.³⁶ 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 provisional.³⁷ El artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía es un ejemplo de ello.³⁸ 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 humanitarias.³⁹

³⁴ Dalton, Robert E., “Provisional Application of Treaties”, en Hollis, D. B. (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, OUP, 2012, p. 221.

³⁵ Springer, p. 409.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Lefeber, René, *supra*, n. 2, párr. 2.

³⁸ “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 6o. y 7o. del... Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado”.

³⁹ Springer, p. 407.

Este podría ser también el caso del Tratado de Comercio de Armas,⁴⁰ adoptado el 2 de abril de 2013 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, o los Acuerdos de Delimitación Marítima entre Estados Unidos y Cuba. En este último caso, existe un acuerdo sobre la aplicación provisional,⁴¹ el cual se ha renovado en diferentes ocasiones.⁴²

4. *Transición hacia una entrada en vigor inminente*

Algunos tratadistas han considerado otros motivos para procurar la aplicación provisional. Entre las principales está la prevención de lagunas jurídicas entre regímenes convencionales sucesivos.⁴³ El artículo 7o. del Acuerdo Relativo a la Implementación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es un ejemplo de ello.⁴⁴ 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 Mar —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.⁴⁵

5. *Otros*

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

⁴⁰ Tratado de Comercio de Armas, artículo 23, A/Res/67/234B.

⁴¹ Maritime Boundary Agreement between the United States of America and the Republic of Cuba, *signed*, Dec. 16, 1977, S. Exnc. Doc. No. H, 96th Cong., 1st Sess., artículo V, 1979.

⁴² Agreement Extending the Provisional Application of the Agreement of December 16, 1977, Dec. 27-28, 1979, United States-Cuba, 32 U.S.T. 840, T.L.A.S. núm. 9732; Agreement Extending the Provisional Application of the Agreement of December 16, 1977, as Extended, Dec. 16-28, 1981, United States-Cuba, T.L.A.S. No. 10327; Agreement Extending the Provisional Application of the Agreement of December 16, 1977, as Extended, Dec. 27 and 30, 1983, United States-Cuba, T.L.A.S.; Agreement Extending the Provisional Application of the Agreement of December 16, 1977, as Extended, Dec. 3, 1985, United States-Cuba, T.L.A.S.

⁴³ Lefeber, René, *supra*, n. 2, párr. 2.

⁴⁴ 33ILM 1313 (1994).

⁴⁵ Springer, p. 410.

ha sido considerado deseable para la creación de un incentivo a favor de la ratificación.⁴⁶ Durante la Conferencia de Viena, Rumania señaló que la aplicación provisional era una herramienta que permitía evitar demoras en la ratificación, aprobación o aceptación.⁴⁷ Malasia observó que la aplicación provisional de un tratado era útil para evitar la demora que suponía el seguir los trámites nacionales tradicionales.⁴⁸

Es decir, en ocasiones las ventajas que ofrece la aplicación provisional son consideradas a la luz de los efectos que ésta producirá a nivel interno, dejando en segundo plano los efectos jurídicos internacionales.

La práctica reciente de la Unión Europea resulta relevante en este sentido.⁴⁹ No obstante, también se han presentado posturas que llaman a la prudencia. Grecia, por ejemplo, señaló en la Asamblea General de las Naciones Unidas que la aplicación provisional de tratados podía llevar a conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno.⁵⁰ Las delegaciones de Vietnam, Venezuela, Suiza, Estados Unidos y Malasia plantearon observaciones en este mismo sentido.⁵¹ Asimismo, 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 Delimitación Marítima celebrado entre Estados Unidos y Cuba en 1977.⁵²

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL

Como se mencionó al inicio de este ensayo, si bien el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece un marco general de

⁴⁶ Krieger, H., "Article 25", en Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2012, p. 408.

⁴⁷ Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, vol. I, 26th Meeting of the Committee of the Whole, párr. 28.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 7.

⁴⁹ Bartels, Lorand, "Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU Made a Mistake?", 2012, 1 CJICL 112, p. 118.

⁵⁰ *Ibidem*, vol. II, 11th plenary meeting, párr. 73.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 30. Véase también: the comments of Switzerland (*ibidem*, párr. 46), the United States (*ibidem*, párr. 51) y Malaysia (*ibidem*, 27th Meeting of the Committee of the Whole, párr. 7).

⁵² U.S. Senate Treaty Document, EX. H,96-1.

regulación para la aplicación provisional de los tratados, éste 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.

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 internacional.⁵³

Cabe destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, 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 registrará 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).

Es interesante notar que el enfoque antes presentado supone que un Estado aplicará provisionalmente un tratado que ya se encuentra en vigor, por supuesto, en tanto entra en vigor para ese Estado en particular. Sin embargo, como ya 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 todavía no se encuentra en vigor.

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

⁵³ Mathy, Denise, *supra*, n. 22, 652.

1. Fuente de las obligaciones

A. En una cláusula del tratado

Ejemplos de esto son el artículo 7o. del Protocolo al Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa,⁵⁴ o el artículo 10 del Convenio para evitar la doble tributación entre Bélgica y Francia de 1947.⁵⁵

B. En un acuerdo separado respecto del tratado

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 sobre Turismo, sobre Vehículos Comerciales de Carretera y sobre el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera y el *Arrangement Concluded by the Governments Represented at the International Health Conference*.

2. Formas de la manifestación de la voluntad

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.

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 duda.⁵⁶

⁵⁴ Protocolo al Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa, ILM 30, 1991.

⁵⁵ Convention for the Avoidance of Double Taxation, Dec. 29, 1947, Belgium-France, artículo 10, 46 U.N.T.S. 117.

⁵⁶ Al respecto, véase Quast, Anneliese, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

Por un lado, se encuentran las formulaciones sencillas, es decir, aquellas que no sujetan la aplicación provisional a ninguna modalidad particular.⁵⁷ Por el otro, existen cláusulas que pueden sujetar la aplicación provisional a la compatibilidad que ésta tenga con el derecho interno de los Estados.⁵⁸ Aunque la cuestión de derecho interno no se discutirá en este ensayo, 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 provisional.⁵⁹ 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.

A. *Expresa*

Si bien las partes pueden manifestar su voluntad de aplicar provisionalmente un tratado,⁶⁰ también se puede hacer una declaración en el sentido negativo, es decir, que expresamente los Estados señalen que no se aplicará provisionalmente un tratado.⁶¹

El artículo 45 del Tratado sobre la Carta de Energía (1990) 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.

⁵⁷ Por ejemplo, "This Agreement Shall be Applied Provisionally from 1st. January 2006", en *Netherlands-U.K. Pipeline Agreement*, 2005, 2398, U.N.T.S. 251, art. 20.

⁵⁸ 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). *Convention on the Elaboration of a European Pharmacopoeia*, CETS núm. 50, artículo 17.

⁵⁹ Mathy, Denise, *supra*, n. 22, 646.

⁶⁰ 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), artículo 7o. (c).

⁶¹ *Ibidem*, artículo 7o. (b).

Tal signatario podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la declaración mediante notificación por escrito al depositario.

B. *Tácita*

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 7o., 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.

3. *Formas de terminación*

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.

A. *Notificación unilateral*

El Manual de Tratados de la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas 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

⁶² *Manual de Tratados*, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, impreso por la Sección de Reproducción de las Naciones Unidas, 2001, p. 11.

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

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.

B. *Por disposición de las partes*

El 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 6o. 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).⁶³

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. EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL

Ya desde 1966, el relator especial J. L. Brierly, en el contexto de los trabajos sobre el derecho de los tratados, planteó a la Comisión de Derecho Internacional que indudablemente las cláusulas de un tratado aplicadas provisionalmente tienen efectos jurídicos, y *de facto* ponen tales cláusulas en vigor.⁶⁴ La posición general que ha mantenido la Comisión de Derecho Internacional es

⁶³ 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), artículo 7o.

⁶⁴ Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May-19, July 1966, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Supplement No. 9 (A/6309/Rev. I), p. 210.

que la aplicación provisional de un tratado resulta en la obligación de ejecutarlo, aunque sólo sea de manera provisional.⁶⁵

Tomando en consideración el análisis planteado en el primer informe sobre el tema, así como las aportaciones de los Estados, podemos partir de la premisa de que la aplicación provisional de los tratados genera efectos jurídicos, sin que ello deba interpretarse como una forma simplificada de la entrada en vigor del tratado o de algunas de sus disposiciones. La entrada en vigor obedece a un régimen jurídico distinto.⁶⁶

No obstante, y sin que de ello puedan desprenderse conclusiones distintas, Estados como Noruega o Botsuana han indicado en la Asamblea General que el proceso seguido para permitir la aplicación provisional sería el mismo que se seguiría para buscar la ratificación y entrada en vigor de un tratado. Suiza, por ejemplo, considera también que la “aplicación provisional” y la “entrada en vigor provisional” no representan dos nociones jurídicas distintas, por lo que el tratamiento que se les da a estas figuras desde el punto de vista de los efectos jurídicos es el mismo. Inclusive cuestiona este último país si, en ese caso, resulta igualmente aplicable el régimen de reservas a la aplicación provisional.

Por su parte, Estados Unidos señala que, en opinión de un miembro del Comité de Relaciones Exteriores del Senado, un tratado que se aplica de manera provisional tiene el mismo estatus legal que cualquier otro acuerdo de los Estados Unidos concluido por el presidente, y que los tratados aplicados provisionalmente tienen efectos plenos a nivel interno en tanto se toma la decisión de ratificarlos.

Tales efectos pueden tener un impacto tanto al interior del Estado como en el plano internacional. Ello dependerá del tratado mismo, así como de las cláusulas específicas que se apliquen provisionalmente. También será pertinente la materia del tratado en cuestión. Los tratados en materia de derechos humanos o de desgravación arancelaria, por mencionar algunos, surtirán efectos principalmente al interior del Estado.⁶⁷

Inclusive si se tomara en consideración la propuesta de algunos doctrinarios, de considerar a la aplicación provisional no como la aplicación del tratado principal, sino la de un acuerdo paralelo,⁶⁸ creado por virtud misma de la aplicación provisional, ello no afectaría la conclusión de que tal aplicación provisional surtiría efectos jurídicos.

⁶⁵ Documento A/CN.4/658, párr. 66.

⁶⁶ Documento A/CN.4/664, *supra*, n. 1, párrs. 7-24.

⁶⁷ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010, p. 74.

⁶⁸ Vignes, Daniel, “Une notion ambiguë: l’application à titre provisoire des traités”, *Annuaire Français de Droit International*, 1972, vol. 18, p. 192.

Como ya hemos indicado, y varios Estados miembros lo recordaron, el uso de la aplicación provisional no se restringe a los Estados parte de un tratado; también las organizaciones internacionales pueden aplicar provisionalmente un tratado,⁶⁹ siempre que dicho tratado sea susceptible de firma y ratificación por estos sujetos de derecho internacional.

Asimismo, el caso *Kardassopoulos*⁷⁰ o bien el caso *Yukos*,⁷¹ en donde la disputa materia del arbitraje versaba sobre la interpretación y alcance del artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía —relativo a la aplicación provisional de dicho instrumento—, evidencian que esta figura produce efectos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional. En este caso, el panel arbitral analizó el procedimiento para la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía, pero no cuestionó la validez jurídica de la figura de la aplicación provisional *per se*. Dicho de otra manera, el problema no era uno de derecho internacional público, sino de derecho constitucional de una de las partes en el litigio.⁷²

Pero nunca olvidemos que los efectos de los tratados “se relacionan en primer lugar con los autores del acto: emanan de la voluntad de éstos y no son nada distinto de esa voluntad”.⁷³ Los trabajos del profesor Georg Nolte, relator especial del tema relativo a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados, han subrayado lo indispensable que resulta siempre descifrar la voluntad de las partes.

Finalmente, cabe destacar la investigación académica sobre el carácter vinculante de las obligaciones emanadas de la aplicación provisional de los tratados realizada por la doctora Anneliese Quast Mertsch, cuya obra en la materia es de gran valor para entender las características y los alcances de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados.⁷⁴

⁶⁹ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 87.

⁷⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington, D.C. in the Matter of the Arbitration between IOANNIS KARDASSOPOULOS Claimant and GEORGIA Respondent (ICSID Case No. ARB/05/18) Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, disponible en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Kardassopoulos.pdf.

⁷¹ PCA Case No. AA 227, *In the Matter of an Arbitration Before a Tribunal Constituted in Accordance with Article 26 of the Energy Charter Treaty and the UNCITRAL Arbitration Rules 1976, between Yukos Universal Limited (Isle of Man) and the Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, 30 de noviembre de 2009, disponible en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Yukos_interim_award.pdf.

⁷² Klaus, Ulrich, “The Yukos Case under the Energy Charter Treaty and the Provisional Application of International Treaties”, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 2005, núm. 11, p. 4.

⁷³ Reuter, Paul, *supra*, n. 6, p. 116.

⁷⁴ Quast Mertsch, Anneliese, *op. cit.*

V. ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES

Al abordar la cuestión relativa al *régimen jurídico de la aplicación provisional*, se ha dicho que la fuente de las obligaciones de aplicar provisionalmente un tratado puede derivar de una cláusula del tratado, o bien, de un acuerdo separado o paralelo al tratado principal; asimismo, se ha indicado que la voluntad de aplicar provisionalmente un tratado puede manifestarse de manera expresa o tácita.⁷⁵

Ello quiere decir que la naturaleza jurídica de las obligaciones, así como el alcance de los efectos jurídicos dependerá, en primera instancia, de aquello que se encuentre estipulado en el tratado en cuanto a la posibilidad de aplicarlo provisionalmente, en su totalidad o en parte. En su informe relativo a su práctica, Estados Unidos distingue entre el catálogo de tratados que ha aplicado de manera provisional total⁷⁶ o parcialmente,⁷⁷ por ejemplo. El catálogo proporcionado incluye tratados con disposiciones de aplicación provisional sujeta a la legislación interna,⁷⁸ con condiciones específicas de elegibilidad,⁷⁹ con excepciones⁸⁰ y con límites temporales,⁸¹ entre otras.

⁷⁵ A/CN.4/664, pp. 11 y 12.

⁷⁶ *U.S.-Ethiopia Air Transport Agreement*, May 17, 2005, T.I.A.S. 06-721.1; *Protocol Additional to the U.S.-IAEA Agreement for the Application of Safeguards in the United States of America*, June 12, 1998, 1988 U.S.T. Lexis 214; *U.S. Guatemala Air Transport Agreement*, May 8, 1997, T.I.A.S. 01-97; *Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and highly Migratory Fish Stocks*, August 4, 1995, 2167 U.N.T.S. 3; *Convention on Early Notification of a Nuclear Accident*, September 26, 1986, 1439 U.N.T.S. 275; *International Dairy Arrangement of the General Agreement on Tariffs and Trade*, April 12, 1979, 1186 U.N.T.S. 54.

⁷⁷ *U.S.-Russia Treaty on Measures for the Further Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms, with Protocol*, April 8, 2010, T.I.A.S. 11-205; *International Telecommunication Convention, with Annexes, and Final Protocol to the Convention*, November 6, 1982, 1531 U.N.T.S. 2.

⁷⁸ *Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, July 28, 1994, 1836 U.N.T.S. 3; *U.S. Denmark Agreement on Enhancing Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime*, October 14, 2010, T.I.A.S. 11-505; *U.S. Czech Republic Agreement on Enhancing Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime*, November 12, 2008, T.I.A.S. 10-0091; *Arrangement on Provisional Application of the Agreement on the Establishment of the ITER International Fusion Energy Organization for the Joint Implementation of the ITER Project*, November 21, 2006, T.I.A.S. 07-016; *Agreement on an International Energy Program*, November 18, 1974, 1040 U.N.T.S. 271; *Protocol for Provisional Application of the General Agreement on Tariffs and Trade*, October 30, 1947, 55 U.N.T.S. 308.

⁷⁹ *Food Assistance Convention*, April 25, 2012, T.I.A.S. 13-101; *Food Aid Convention*, April 13, 1999, 2073 U.N.T.S. 135; *International Natural Rubber Agreement*, 1994, February 17, 1995, 1964 U.N.T.S. 3; *International Sugar Agreement*, October 7, 1977, 1064 U.N.T.S. 219.

⁸⁰ *U.S.-Cape Verde Millennium Challenge Compact*, February 10, 2012, T.I.A.S. 12-1130.1.

⁸¹ *Document Agreed Among States Parties to the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe of November 19, 1990*, May 31, 1996, U.S. Senate Treaty Doc. 105-5, April 7, 1997.

El artículo 25 de la CVDT indica que “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”. Esto supone que la aplicación provisional resulta de un acuerdo entre Estados *negociadores*, en los términos de la definición contenida en el artículo 2o., párrafo 1 (e) de la CVDT.⁸² Sin embargo, podríamos distinguir, por lo menos, cuatro tipos de situaciones:

- a) Los casos en los que el tratado establece que será aplicado provisionalmente desde el momento de su adopción, es decir, una vez que se han satisfecho los requisitos a que se refieren los artículos 9o. y 10 de la CVDT, relativos a la adopción y autenticación del texto del tratado, respectivamente. En este caso, la obligación de un Estado de aplicar provisionalmente el tratado se genera por la sola participación de ese Estado en su adopción, y en ausencia de una disposición expresa, la obligación se genera como resultado de una expresión inequívoca del Estado en el sentido de aceptar la aplicación provisional, usualmente a través de su consentimiento a una decisión o resolución adoptada para tal efecto.⁸³ Un Estado que no consiente a ello o que requiera un fundamento jurídico, digamos, más amplio, no estará sujeto a dicha obligación. Por ejemplo, como lo indicó la República Checa en el informe relativo a su práctica, el fundamento jurídico para la aplicación provisional de acuerdos concluidos entre la Unión Europea y terceros Estados u organizaciones internacionales se prevé en el artículo 218 (5) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el cual establece lo siguiente: “El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor”.⁸⁴
- b) Aquellos casos en los que el tratado establece que será aplicado provisionalmente por los Estados *signatarios* del mismo, a través de cualquiera de las modalidades a que se refiere el artículo 10 (b) de la CVDT, en cuyo caso la obligación de aplicar provisionalmente el tratado se genera a partir de su firma, firma “ad referéndum”, rúbrica o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.⁸⁵

⁸² Mathy, Denise, *op. cit.*, p. 649.

⁸³ Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2a. ed., 2007, p. 172.

⁸⁴ “Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 83/144, artículo 218 (5).

⁸⁵ Aust, Anthony, *supra*, n. 15, p. 172.

- c) Y aquellos casos en los que el tratado no obliga a los Estados negociadores ni signatarios a aplicarlo provisionalmente, sino que deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida si desea o no aplicar provisionalmente el tratado, conforme a lo establecido en el artículo 25, párrafo 1 (a) de la CVDT, en cualquier momento del proceso que va desde la adopción del texto hasta la entrada en vigor, o incluso después de esta última. En estas circunstancias, una declaración unilateral podrá ser el medio de la expresión de la voluntad del Estado que genere las obligaciones derivadas de la aplicación provisional.⁸⁶ Y cuando dos o más Estados convengan en aplicar provisionalmente un tratado, podrán hacerlo mediante un acuerdo paralelo, el cual puede revestir diversas formas. Por ejemplo, en el informe relativo a su práctica, Estados Unidos ha referido a la Comisión el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua entre ese Estado y Ucrania, en donde ambas partes acordaron la aplicación provisional mediante un canje de notas diplomáticas.
- d) Un último caso es el del tratado que guarda absoluto silencio respecto de la aplicación provisional. En este caso, conviene señalar, como hipótesis, la posibilidad de que uno o más Estados *negociadores* del tratado reaccionen ante la decisión de aquel o aquellos que hayan decidido aplicarlo provisionalmente, por el motivo que sea, pero aduciendo que el artículo 25, párrafo 1 (b), alude a “*los Estados negociadores*”, lo que haría suponer que se requiere el consentimiento de *todos* los Estados negociadores para que uno o más de éstos apliquen provisionalmente el tratado. ¿Qué consecuencias jurídicas tendría una situación como ésta? El relator especial no ha encontrado ejemplos de algo semejante, pero agradecerá la información que pueda dársele al respecto.

En suma, el origen de las obligaciones contraídas a raíz de la aplicación provisional puede tomar la forma de una o varias declaraciones unilaterales o revestir una forma contractual. En cualquier caso, es innegable que el compromiso de aplicar provisionalmente un tratado genera efectos legales.⁸⁷

Respecto de las declaraciones unilaterales, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido lo siguiente:

[L]as declaraciones hechas a modo de actos unilaterales, concernientes a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones

⁸⁶ Mathy, Denise, *supra*, n. 8, p. 651.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 652.

legales... Cuando la intención del Estado que hace la declaración es que éste debe estar obligado de acuerdo con sus términos, dicha intención le confiere a la declaración el carácter de una acción legal, estando el Estado de ahí en adelante legalmente obligado a seguir el curso de conducta consistente con la declaración. Una acción de este tipo, si se hace de manera pública, y con la intención de estar vinculado, aun cuando no se haga en el contexto de negociaciones internacionales, es obligatoria. En estas circunstancias, nada en la naturaleza de la regla *quid pro quo* o en una aceptación subsecuente de la declaración, ni siquiera una respuesta o reacción por parte de otros Estados, se requiere para que la declaración tenga tal efecto, dado que dicho requisito sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por medio del cual el pronunciamiento de los Estados se ha realizado.⁸⁸

En ese entendido, la decisión de un Estado de aplicar provisionalmente un tratado constituye un acto unilateral autónomo, regido sólo por la voluntad de dicho Estado, y genera una situación jurídica nueva para sí,⁸⁹ distinta de los derechos y obligaciones generados de manera contractual por el tratado mismo hacia las partes una vez que el tratado haya entrado en vigor.

Estados Unidos considera, por ejemplo, que el poder del presidente de decidir la aplicación provisional de un tratado de manera unilateral deviene exclusivamente de su derecho interno y que, en consecuencia, la aplicación provisional unilateral de un tratado será entendida como una cuestión de derecho constitucional.

Aquí resulta especialmente pertinente hacer referencia a la labor de la Comisión que concierne a los actos unilaterales de los Estados que son capaces de crear obligaciones jurídicas y, en particular, a los principios rectores que figuran en el párrafo 176 del Informe de la Comisión en su 58 periodo de sesiones,⁹⁰ y de los cuales la Asamblea General recomendó su difusión en la resolución 61/34,⁹¹ que establecen los criterios básicos para que la declaración unilateral genere obligaciones de derecho internacional.

⁸⁸ *Nuclear Test Cases (Australia vs. France/New Zealand vs. France)*, Judgment. ICJ Rep. 1974, p. 253, párr. 43. Traducción del autor.

⁸⁹ Geslin, Albane, *op. cit.*

⁹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58 periodo de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006). Asamblea general, documentos oficiales, 61 periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10), párr. 176.

⁹¹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/34&Lang=S, párr. 3.

De manera especial, los principios 1o.,⁹² 3o.,⁹³ 9o.⁹⁴ y 10⁹⁵ subrayan: los efectos que generan las obligaciones adquiridas respecto de terceros Estados, quienes tienen derecho de exigir el respeto de tales obligaciones; la necesidad de tener cuenta de las reacciones de esos terceros Estados para determinar los efectos jurídicos de la declaración unilateral; y, las condiciones para revocar la declaración unilateral, en particular cuando otros sujetos de derecho internacional pueden alegar la exigibilidad de las obligaciones creadas por virtud de la declaración unilateral.

En cualquier caso, el factor determinante en la fuente de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional será la manifestación clara de la voluntad, la cual puede expresarse de manera escrita, oral, o a través de toda conducta que la exprese, en particular, a través de una conducta activa.⁹⁶ Si bien los principios rectores arriba señalados admiten conductas informales, en ciertas situaciones el silencio puede generar los mismos efectos.

En suma, la forma por medio de la cual se exprese la voluntad de aplicar provisionalmente un tratado tendrá un impacto directo en el alcance de los derechos y las obligaciones que asumirá el Estado en cuestión.

VI. DERECHOS

En los casos en los que los Estados acuerdan que un tratado se aplicará provisionalmente desde el momento de su adopción, o bien desde su firma, los

⁹² “Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones”. Véase documento A/61/10, *supra*, n. 22, párr. 176.

⁹³ “Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron”, *ibidem*.

⁹⁴ “De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración”, *ibidem*.

⁹⁵ “Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: 1) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; 2) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas 3) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias”, *ibidem*.

⁹⁶ Reuter, Paul, *supra*, n. 6, p. 45.

derechos que los Estados se hayan otorgado en el tratado serán exigibles desde la adopción o la firma, respectivamente.

Esto es aún más evidente en los casos de tratados bilaterales en donde ambas partes acuerdan que el tratado se aplicará provisionalmente previo a su entrada en vigor. La Federación rusa ofreció algunos ejemplos en ese sentido en el informe sobre su práctica: 1) el Acuerdo entre el Gobierno de la Federación Rusa y el Gobierno de la República de Serbia sobre Entregas de Gas Natural de la Federación Rusa a la República de Serbia (13 de octubre de 2012); 2) y el Acuerdo entre el Gobierno de la Federación Rusa y el Gobierno de la República de Azerbaiyán sobre la Construcción de un Puente para Automóviles sobre el Río Samur en la Localidad de Yarag-Kazmalyar (13 de agosto de 2013).

El primero estipula que el acuerdo será aplicado provisionalmente a partir de la firma del mismo, mientras que el segundo establece que se aplicará provisionalmente 30 días después de firmado.

De manera similar, México cita en su informe sobre su práctica la aplicación provisional pactada en cuatro tratados bilaterales: 1) Convenio sobre Transportes Aéreos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Colombia (9 de enero de 1975);⁹⁷ 2) Acuerdo Comercial entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Gabonesa (14 de septiembre de 1976);⁹⁸ 3) Acuerdo de Cooperación Cultural, Científica y Técnica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Gabonesa (14 de septiembre de 1976);⁹⁹ y iv) Acuerdo General de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Gabonesa (14 de septiembre de 1976).¹⁰⁰

El primero, en su artículo 17, establece:

El presente Convenio se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma y entrará en vigor definitivamente el día que se señale en un Canje de Notas diplomáticas, que deberá efectuarse una vez que las Partes Contratantes hayan obtenido la aprobación que cada una de ellas requiera de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

El segundo se refiere a la “entrada en vigor” provisional en su artículo VIII, haciendo equiparable esta figura a la aplicación provisional: “El presente Acuerdo entrará en vigor provisionalmente en la fecha de su firma.

⁹⁷ <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/COLOMBIA-AEREO.pdf>

⁹⁸ <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/GABON-COMERCIAL.pdf>

⁹⁹ <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/GABON-CULTURAL%20Y%20CIENTIFICA.pdf>

¹⁰⁰ <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/GABON-COOPERACION.pdf>

La Ratificación se hará posteriormente según el procedimiento en vigor en cada uno de los Países”.

El tercero y cuarto incluyen una cláusula muy similar al caso anterior en los artículos XV y V, respectivamente: “El presente Acuerdo entrará en vigor provisionalmente a partir de la fecha de su firma y definitivamente después del intercambio de los Instrumentos de Ratificación”.

En dichas circunstancias, del tratado mismo surge el acuerdo entre las partes de aplicarlo provisionalmente, lo que, a su vez, da lugar a los derechos y obligaciones que se reconocen mutuamente y que, por lo tanto, serán exigibles y oponibles frente a terceros.

Cabe señalar que en el informe sobre su práctica, Alemania indicó que la mayoría de sus acuerdos bilaterales no contemplan la aplicación provisional, mientras que el Reino Unido ha remitido a la Comisión a un catálogo importante de tratados que prevén la aplicación provisional, aclarando que, para ese Estado, en los casos de los llamados Memorados de Entendimiento, la aplicación provisional no es jurídicamente vinculante *per se*, probablemente porque el Reino Unido no otorga rango de tratado a esta clase de instrumento.

VII. OBLIGACIONES

La cuestión relativa al alcance de las obligaciones que derivan de la aplicación provisional es especialmente pertinente en aquellos casos en los que el tratado no obliga a los Estados negociadores, ni tampoco a los Estados signatarios, a aplicarlo provisionalmente, sino que deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida si desea o no aplicar provisionalmente el tratado.

En estos casos, como vimos, la naturaleza y el alcance de las obligaciones será equiparable a los que derivan de una declaración unilateral, a menos de que dos o más Estados celebren un acuerdo paralelo. Si bien en estos casos los Estados se habrán comprometido unilateralmente y de buena fe a aplicar provisionalmente el tratado o una parte de él, como lo estableció la Corte Internacional de Justicia en el *Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, “ello no quiere decir que dicho Estado pueda enmendar a voluntad el alcance y contenido del compromiso que solemnemente ha adquirido”.¹⁰¹

¹⁰¹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 418, párr. 59. Traducción del autor.

De tal suerte que el alcance de las obligaciones: 1) no podrá exceder lo expresamente establecido en el tratado; y 2) en razón de la necesidad de asegurar la estabilidad de las relaciones con los demás Estados negociadores o signatarios, se entenderá que el Estado no podrá alterar “el alcance y contenido del compromiso que solemnemente ha adquirido”.

Un buen ejemplo de esta situación se refleja con la aplicación provisional prevista en el artículo 23 del recientemente adoptado Tratado sobre el Comercio de Armas,¹⁰² el cual establece que “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 6o. y 7o. del presente Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado”.

Antes de la entrada en vigor del Tratado, dieciocho Estados, por lo menos, presentaron una declaración de aplicación provisional de conformidad con el artículo antes citado: Alemania, Antigua y Barbuda, Austria, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Hungría, Islandia, Letonia, México, Noruega, Reino Unido, San Vicente y las Granadinas, Serbia y Trinidad y Tobago —a excepción de España y Serbia—, todos los Estados mencionados habían ratificado el tratado.¹⁰³

De conformidad con sus declaraciones, los Estados mencionados se han comprometido unilateralmente a aplicar en su ámbito interno los artículos 6o. y 7o. del Tratado sobre el Comercio de Armas (“Prohibiciones” y “Exportación y evaluación de las exportaciones”, respectivamente).

Llegados a este punto, nos sentimos obligados a intentar una distinción —aunque no queremos incurrir en categorizaciones demasiado generales que no se compadezcan de la variedad de situaciones que se puedan presentar, por lo que siempre habrá que estar atento al caso de especie—. La distinción que proponemos: separar las obligaciones resultantes de la aplicación provisional genera sus efectos *exclusivamente* en el ámbito interno del Estado que ha decidido recurrir a esta figura, respecto de las obligaciones que generen sus efectos en el plano internacional, incluyendo, por supuesto, a los demás Estados negociadores o signatarios del tratado.

Por ejemplo, si se está frente a un tratado multilateral de derechos humanos, generalmente el cumplimiento de la aplicación provisional puede sólo ser exigible por parte de los individuos que adquieren derechos por virtud del tratado.

¹⁰² A/CONF.217/2013/L.3, anexo.

¹⁰³ <http://disarmament.un.org/treaties/t/att>.

En cambio, en un caso como el del Tratado sobre el Comercio de Armas, la obligación de dar cumplimiento al proceso de evaluación de riesgo establecido en el tratado antes de autorizar una exportación, tendrá efectos en el plano internacional, toda vez que se trata de una obligación exigible por el Estado importador.

Estos ejemplos nos llevan a preguntarnos si el ámbito de las obligaciones adquiridas por virtud de la aplicación provisional, interna o internacional, conduce a consecuencias jurídicas distintas en cuanto a sus efectos. Se trata de una cuestión que podremos ver con mayor claridad una vez que se cuente con un muestrario más representativo de la práctica de los Estados del que tenemos hasta ahora.

Y a este respecto, conviene también distinguir entre exigibilidad de la obligación adquirida respecto de su *oponibilidad* frente a terceros. Se trata de conceptos jurídicos distintos y, para efectos de nuestro estudio, sólo la exigibilidad de la obligación es pertinente, por lo menos para este segundo informe.

En cualquier hipótesis, y más allá de estas distinciones, las obligaciones derivadas de la aplicación provisional están regidas por el principio *pacta sunt servanda* en tanto que constituyen un compromiso de cumplir de buena fe las obligaciones adquiridas por este medio.¹⁰⁴

Otro caso emblemático de estudio, en cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación provisional y, en especial, relacionado con las obligaciones derivadas de esta figura, se refiere a 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. Siria depositó su instrumento de adhesión a este tratado internacional el 14 de septiembre de 2013, y entró en vigor el 14 de octubre de ese mismo año.¹⁰⁵ Sin embargo, al depositar su instrumento de adhesión, Siria comunicó al secretario General de las Naciones Unidas, en su calidad de depositario del tratado, que “cumpliría con las disposiciones contenidas [en la Convención] y las acataría sincera y fielmente, aplicando provisionalmente la Convención en tanto ésta entre en vigor para la República Árabe Siria”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Michie, Andrew, “The Provisional Application of Treaties in South African Law and Practice”, *South African Yearbook of International Law*, 2005, vol. 30, p. 6.

¹⁰⁵ “Syria’s Accession to the Chemical Weapons Convention Enters into Force”, disponible en: <http://www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force/>.

¹⁰⁶ Documento C.N.592.2013.TREATIES-XXVI.3, 14 de septiembre de 2013. Traducción del autor.

Esto fue tomado como el fundamento del Consejo Ejecutivo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) para adoptar su decisión sobre la *Destrucción de las Armas Químicas de Siria*, en donde afirmó que “la aplicación provisional de la Convención da efecto inmediato a sus provisiones respecto de la República Árabe Siria”.¹⁰⁷

En este caso particular, fue la decisión del consejo ejecutivo de la OPAQ, reconociendo los efectos jurídicos de la aplicación provisional, lo que permitió la implementación inmediata del tratado a través del establecimiento de un plan de acción para el desarme químico en ese país, con carácter de obligatorio.

VIII. TERMINACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, párrafo 2 de la CVDT, la terminación de la aplicación provisional puede darse mediante una notificación unilateral, o bien, en la forma en que hayan convenido los Estados negociadores.

Si partimos de la premisa de que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos de los cuales se desprenden derechos y obligaciones, entonces se puede asumir que el régimen que resulte de la terminación de la aplicación provisional debe ser *mutatis mutandis* aquel que resulte de la terminación de un tratado. En ese caso, el artículo 70 de la CVDT establece las *consecuencias de la terminación de un tratado*:

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:
 - a) Eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;
 - b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.
2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

¹⁰⁷ Documento EC-M-33/DEC.1, 27 de septiembre de 2013, párrafo preambular 11. Traducción del autor.

En la práctica —con excepción, por ejemplo, de tratados como los multilaterales sobre derechos humanos—, por lo general los tratados no contienen disposiciones relativas a las consecuencias o efectos de su terminación.¹⁰⁸ Entonces, podemos asumir que el término “consecuencias” en el artículo 70 se refiere a los “efectos” de la terminación,¹⁰⁹ y como tal, establece el régimen general del derecho de los tratados para estos efectos.

En todo caso, un tratado puede contener cláusulas de transición sobre la aplicación parcial o total del instrumento en las que se acuerden actos que deban realizar los Estados durante o tras la terminación.¹¹⁰

Resulta interesante notar que para algunos Estados, como México, en aquellos casos en los que la aplicación provisional tuviera que darse por terminada de manera anticipada, el Estado deberá cumplir con las obligaciones pactadas durante un periodo transitorio de eliminación gradual; de la misma manera que ocurre con la terminación de la vigencia de un tratado, conforme a lo dispuesto en el artículo 70, párrafo 1 (b) de la CVDT.

Este patrón de conducta muestra que algunos Estados asignan a los efectos de la aplicación provisional el mismo valor jurídico que a los efectos de un tratado en vigor.

Por otro lado, Estados Unidos ha señalado en el informe sobre su práctica que las cláusulas de terminación de la aplicación provisional pueden referirse a la entrada en vigor del tratado,¹¹¹ a la determinación expresa de no ratificar el tratado¹¹² o al paso de un lapso de tiempo determinado,¹¹³ entre otras cuestiones.

Es necesario destacar que nada de lo dispuesto en la CVDT impide a un Estado dar por terminada la aplicación provisional y, en un momento

¹⁰⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 78 (2); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 58 (2).

¹⁰⁹ Ascensio, Hervé, “Article 70”, en Corten, Oliver y Klein, Pierre (eds.), *op. cit.*, p. 1586.

¹¹⁰ Aust, Anthony, *supra*, n. 9, p. 302.

¹¹¹ *Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, July 28, 1994, 1836 U.N.T.S. 3; *Agreement relating to the International Telecommunications Satellite Organization*, August 20, 1971, 1220 U.N.T.S. 22; *Agreement on an International Energy Program*, November 18, 1974, 1040 U.N.T.S. 272.

¹¹² *Agreement relating to the International Telecommunications Satellite Organization “Intelsat”*, August 20, 1971, 1220 U.N.T.S. 22; *Agreement on an International Energy Program*, November 18, 1974, 1040 U.N.T.S. 272.

¹¹³ *Agreement relating to the International Telecommunications Satellite Organization “Intelsat”*, August 20, 1971, 1220 U.N.T.S. 22; *Agreement on an International Energy Program*, November 18, 1974, 1040 U.N.T.S. 272; *U.S.-Cuba Maritime Boundary Agreement*, December 16, 1977, T.I.A.S. 12-208.1.

posterior, reintegrarse al régimen del tratado a través de la ratificación o la adhesión al tratado.

La CVDT no dice nada al respecto, pues parte más bien del supuesto de que un Estado ha decidido dejar de aplicar provisionalmente un tratado por no tener la intención de convertirse en Estado parte en un futuro, como señala el artículo 25, párrafo 2; no obstante, esta decisión podría ser resultado de circunstancias internas de diversa índole —jurídicas o políticas—, o bien, podría ser una forma de recordar a otros Estados negociadores o signatarios la importancia de llevar a cabo y concluir sus procesos de ratificación.¹¹⁴

En cualquier caso, “el derecho internacional convencional general, jamás ha establecido una norma de no regreso en materia de suscripción de tratados”.¹¹⁵ Y, en última instancia, la voluntad del Estado que ha decidido terminar la aplicación provisional del tratado en modo alguno está supeditada a tener que justificarse frente a los demás Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente, o frente a los demás Estados negociadores o signatarios, si tal decisión obedece a otros motivos. Aun cuando en el proceso de negociación de la CVDT fueron discutidas varias ideas sobre la posible inclusión de una cláusula de terminación por retraso injustificado o por reducidas probabilidades de ratificación, estas ideas no prosperaron.¹¹⁶

Habrá que tener en cuenta, sin embargo, que no se trata de una revocación arbitraria de la aplicación provisional, habida cuenta de las obligaciones a las que ha dado lugar, como se establece en el Principio Rector 10 antes citado, aplicable a los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas.

Por otro lado, la terminación de la aplicación provisional no prejuzga respecto de la terminación de las obligaciones creadas por la aplicación provisional antes de su terminación, como se indica en el artículo 70, párrafo 1 (b) de la CVDT, respecto de la terminación del tratado.

En efecto, si consideramos que la aplicación provisional representa una etapa concebida para servir de transición hacia la entrada en vigor, el tratado deja de aplicarse provisionalmente, precisamente con su entrada en vigor. Pero es evidente que las obligaciones de cumplimiento al amparo de la aplicación provisional generarán los efectos jurídicos que corresponda en cada caso.

¹¹⁴ Rogoff, Marvin A. y Gauditz, Barbara E., *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁵ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *supra*, n. 4, p. 184.

¹¹⁶ Documento A/CN.4/658, *supra*, n. 7, párrs. 101-108.

Ahora bien, si un tratado entra en vigor, la aplicación provisional terminará para los Estados parte, pero no para aquellos Estados que lo aplican provisionalmente y que aún no han expresado su consentimiento de ser partes de éste.¹¹⁷ La CVDT privilegia el supuesto de que la aplicación provisional concluye con la entrada en vigor del tratado, mas no prohíbe que esta aplicación provisional se prolongue para aquellos Estados que aún no estén en condiciones de ratificar o adherirse al tratado. Dicho supuesto también fue discutido durante las negociaciones que llevaron al artículo 25 de la CVDT, pero las referencias de terminación por el paso del tiempo no prosperaron.¹¹⁸

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACIÓN DE UN TRATADO APLICADO PROVISIONALMENTE

Toda vez que la aplicación provisional produce efectos jurídicos y es susceptible de generar derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional, podemos concluir que la violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado generará también consecuencias jurídicas, incluyendo todas aquellas que establece el derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

De conformidad con el régimen de tratados, establecido en la Convención de Viena de 1969, en particular el artículo 60, la aplicación de un tratado se podría suspender o dar por terminada como consecuencia de su violación.

Podríamos asumir que, en aquellos casos antes referidos, en los que la aplicación provisional es resultado de un acuerdo entre dos o más Estados, la violación del tratado aplicado provisionalmente también podría dar pie a la terminación o suspensión de la aplicación provisional por parte de aquel o aquellos Estados que se hayan visto afectados por tal violación.

El principio de derecho internacional *inadimpleti non est adimplendum*, universalmente reconocido,¹¹⁹ subyace en esta consecuencia jurídica. Dicho principio modifica la regla consagrada en la máxima *pacta sunt servanda* e incorpora la noción de reciprocidad negativa.¹²⁰

¹¹⁷ Lefeber, René, *op. cit.*, párr. 10.

¹¹⁸ Documento A/CN.4/658, *supra*, n. 7, párrs. 91-100.

¹¹⁹ *Diversion of Water from the Meuse*, PCIJ, Series AB, núm. 70, Dissenting Opinion of M. Anzilotti, p. 50.

¹²⁰ Simma, Bruno y Tams, Christian J., "Article 60", en Corten, Oliver y Klein, Pierre (eds.), *op. cit.*, p. 1353.

Esta circunstancia podría presentarse con mayor facilidad en el caso de violaciones en la aplicación provisional de tratados bilaterales. En cualquier caso, “la violación no implica indefectiblemente la terminación del tratado, ni la afectación integral de la convención”.¹²¹

X. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Como ya ha sido establecido por la Comisión de Derecho Internacional, en los comentarios al artículo 1o. de los relativos a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, es un principio de derecho internacional que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.¹²² Este principio ha sido reiterado ampliamente en la jurisprudencia internacional.¹²³

Por otro lado, el artículo 2o., que se refiere a los *elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*, establece que: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

Dado que ya se ha establecido que la aplicación provisional puede generar obligaciones a cargo del Estado, en tanto actos atribuibles a éste que constituyan una violación de una obligación internacional, se configurará la hipótesis prevista en el artículo citado.

El autor coincide con la opinión expresada por varios de los miembros de esta Comisión durante los debates que giraron en torno a este tema, en el sentido de reiterar que el régimen existente, relativo a la responsabilidad que tienen los Estados en hechos internacionalmente ilícitos, resulta igualmente aplicable a los casos de violaciones por parte de un Estado a las obligaciones que se desprendan de la aplicación provisional de un tratado.

¹²¹ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *supra*, n. 4, p. 191 y 192.

¹²² *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, as corrected.

¹²³ Véase, por ejemplo, *Phosphates in Morocco*, Preliminary Objections, 1938, PCIJ, Series AB, núm. 74, p. 28; *S.S. Wimbledon*, 1923, PCIJ, Series A, núm. 1, p. 30; *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, 1927, PCIJ, Series A, núm. 9, p. 21; *Corfu Channel*, Merits, ICJ Rep, 1949, p. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, ICJ Rep, 1986, p. 142, párr. 283; *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, ICJ Rep, 1997, p. 38, párr. 47; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep, 1949, p. 184.

XI. APLICACIÓN PROVISIONAL EN RELACIÓN CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Desde 1949, la Corte Internacional de Justicia determinó que una organización es una persona internacional, lo cual significa que es un sujeto de derecho internacional, poseedor de derechos y obligaciones.¹²⁴ Tal personalidad jurídica es el elemento fundamental que permite a una organización internacional vincularse a tratados; aunque su capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones por medio de tratados no es inherente a su condición de sujeto de derecho internacional, como sucede con el Estado,¹²⁵ sino que está determinada por lo que dispongan las reglas de la organización en cuestión.¹²⁶

Son los Estados quienes otorgan personalidad y capacidad jurídica a las organizaciones internacionales en el momento de su creación. Los mecanismos contractuales mediante los cuales los Estados proveen a una organización internacional de poderes para actuar son a través de su tratado constitutivo, o bien, de manera *ad hoc* mediante la negociación de un acuerdo separado del tratado constitutivo.¹²⁷

Conviene hacer de una vez la siguiente distinción. Por una parte, nos ocuparemos de los tratados mediante los cuales dos o más Estados deciden constituir una organización internacional, y a los tratados adoptados en el seno de una organización internacional, conforme a lo establecido en el artículo 5o. de la CVDT. Por la otra, habremos de ocuparnos de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales que están regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (CVDTOI), y que pueden ser el acto constitutivo de una nueva organización o entidad internacional o que, como es muy común, tienen como fin regular los aspectos de la sede de una organización internacional previamente establecida al amparo de un tratado distinto.

En ese contexto, tanto la CVDT como la CVDTOI son pertinentes para los propósitos del presente informe. Cabe subrayar que “la norma ge-

¹²⁴ *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, pp. 174 y 179.

¹²⁵ CVDT, artículo 6o.

¹²⁶ CVDTOI, artículo 6o.

¹²⁷ Sarooshi, Dan, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 18.

neral según la cual todos los tratados entre Estados están sujetos a las normas de la Convención (de 1969) “salvo que el tratado disponga otra cosa” se aplica también a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales”.¹²⁸

La práctica internacional muestra que, en forma recurrente, los Estados han decidido acordar la aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales crean organizaciones internacionales o algún tipo de régimen internacional.

La aplicación provisional puede desempeñar un papel clave frente al complejo proceso de establecer y poner en marcha una nueva organización internacional o facilitar el establecimiento de una organización internacional.¹²⁹

En general, la doctrina señala que ejemplos de la aplicación provisional de instrumentos constitutivos de organizaciones pueden encontrarse desde el siglo XIX, citando como ejemplo la Unión Administrativa del Siglo XIX, el establecimiento en 1875 de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas por virtud de la Convención del Metro, o bien el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo, fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles.¹³⁰

Asimismo, en 1973 el secretario General de la ONU elaboró un informe en el que se presentan las prácticas de los Estados y de las organizaciones internacionales en lo relativo a la aplicación provisional de tratados en virtud de los cuales se establecieron organizaciones internacionales o regímenes internacionales.¹³¹

En dicho informe, el secretario general identifica, a título de precedentes, ocho casos “en los que se adoptaron medidas provisionales respecto de tratados multilaterales que posteriormente entraron en vigor”.¹³² Los ejemplos a los que se hace referencia son los siguientes:

¹²⁸ Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, preparado por Georg Nolte, relator especial, 7 de abril de 2015. A/CN.4/683, párr. 22.

¹²⁹ Michie, Andrew, “The role of provisionally applied treaties in international organisations”, 39 *Comp. & Int'l L.J.S. Afr.* 39, 2006, p. 48.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹³¹ “Ejemplos de precedentes de aplicación provisional, antes de su entrada en vigor, de tratados multilaterales, especialmente aquellos en virtud de los cuales se hayan establecido organizaciones o regímenes internacionales, o ambos”. Informe del secretario general, A/AC.138/88.

¹³² *Ibidem*, párr. 3.

1. Convenio sobre Aviación Civil Internacional.¹³³
2. Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental.¹³⁴
3. Comisión Preparatoria de la Organización Internacional de Refugiados.¹³⁵
4. Comisión Interina de la Organización Mundial de la Salud.¹³⁶
5. Comisión Preparatoria del Organismo Internacional de Energía Atómica.¹³⁷
6. Convenio Internacional del Azúcar.¹³⁸
7. Convención Europea sobre Pesquerías.¹³⁹
8. Organización Centroeuropea de Transporte Interior.¹⁴⁰

Como se señala en la introducción del informe, los ejemplos citados se refieren a “casos en los que se adoptaron medidas provisionales respecto de tratados multilaterales que posteriormente entraron en vigor... por tanto, no se han incluido los casos en que tales arreglos continuaron teniendo carácter provisional”.¹⁴¹ Veremos más adelante que también existen precedentes de tratados que siguen aplicándose provisionalmente, por lo menos en forma parcial.

En los cuatro primeros casos antes indicados, se trata de medidas adoptadas para abarcar el periodo comprendido entre la fecha de preparación del instrumento en virtud del cual se constituyeron cuatro organismos especializados y la entrada en vigor del instrumento correspondiente. Algo muy semejante ocurrió para el caso del Organismo Internacional de Energía Atómica. En cambio, los tres últimos casos citados siguieron enfoques distintos.¹⁴²

Al referirse a los artículos 24 y 25 de la CVDT en su informe, el secretario General señala que

¹³³ Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convención de Chicago), 7 de diciembre de 1944, (1994) 15 U.N.T.S. 295.

¹³⁴ Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, 6 de marzo de 1948, U.N.T.S., vol. 289, p. 3, y vol. 1520, p. 297.

¹³⁵ Acuerdo Provisional, 15 de diciembre de 1946, U.N.T.S., vol. 18, p. 3.

¹³⁶ Arreglo 22 de julio de 1946, U.N.T.S., vol. 14, p. 185.

¹³⁷ Anexo del Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica, 26 de septiembre de 1956, U.N.T.S., vol. 276, p. 68.

¹³⁸ Convenio Internacional del Azúcar, 3 de diciembre de 1968 y 24 de diciembre de 1968, U.N.T.S., vol. 654, p. 3.

¹³⁹ Convención Europea sobre Pesquerías, 9 de marzo de 1964, U.N.T.S., vol. 581, p. 57.

¹⁴⁰ Acuerdo Provisional Great Britain Treaty Series, No. 2 (1945).

¹⁴¹ A/AC.138/88, párr. 3.

¹⁴² *Ibidem*, párrs. 4 y 5.

...según estas disposiciones, la aplicación provisional de un tratado se produce solamente, en sentido estricto, si el propio tratado así lo dispone o si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo. El Convenio Internacional del Azúcar de 1968, constituye un ejemplo de tratado multi-lateral que prevé expresamente *la entrada provisional en vigor* en determinadas condiciones.¹⁴³

En todos los demás casos citados “se recurrió a la adopción de un instrumento separado, generalmente por medios simplificados, para adoptar medidas organizativas provisionales antes de la entrada en vigor del tratado principal y de la creación del órgano permanente”,¹⁴⁴ con excepción de la Comisión Preparatoria de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, que se creó por virtud de la resolución de una conferencia, en cuyo caso la aplicación provisional suele iniciar de inmediato.¹⁴⁵

En suma, la aplicación provisional permitió el establecimiento de órganos internacionales o regímenes internacionales cuyo objetivo era llevar a cabo los trabajos preparatorios necesarios para la operación de una organización internacional de carácter permanente, o bien, iniciar de plano la operación y ejecución de las responsabilidades de la organización internacional en cuestión.¹⁴⁶

El hecho de que el secretario general en su análisis haya dividido sus ejemplos en casos en los que la práctica refleja lo establecido en el artículo 25 de la CVDT, así como “ejemplos particulares de la aplicación del artículo 24 (de la CVDT) por lo que respecta a la forma de entrada en vigor”;¹⁴⁷ es una prueba más de la flexibilidad que le han dado los Estados y las propias organizaciones internacionales a la interpretación y aplicación del artículo 25 de la CVDT.

Sin duda, el precedente más famoso lo constituye el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 (GATT, por sus siglas en inglés), el cual fue aplicado en forma provisional durante décadas por virtud de un protocolo de aplicación provisional “en forma considerablemente atípica”.¹⁴⁸

¹⁴³ A/AC.138/88, párr. 9 (énfasis añadido).

¹⁴⁴ A/AC.138/88, párr. 10.

¹⁴⁵ Library of Congress Report on the Law of the Sea Treaty: Alternative Approaches to Provisional Application, 92rd Congress, 2nd Session, House Committee on Foreign Affairs, *op. cit.*, p. 456.

¹⁴⁶ A/AC.138/88, párr. 12.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 10.

¹⁴⁸ Aust, Anthony, *op. cit.*, pp. 172 y 173 (traducción del autor).

Otro ejemplo relevante es el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía (1994), mediante el cual se estableció la Conferencia de la Carta de la Energía. El artículo 45, párrafo 4, señala:

A la espera de la entrada en vigor del presente Tratado los signatarios se reunirán periódicamente en *la Conferencia provisional sobre la Carta*, cuya primera reunión será convocada por la Secretaría provisional a la que se hace referencia en el apartado 5), dentro de un plazo de ciento ochenta días a partir de la fecha en que se inicie el plazo para la firma del Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.¹⁴⁹

Como ya ha sido mencionado, el caso de este tratado es particularmente relevante en tanto que ha sido motivo de un arbitraje internacional.¹⁵⁰

XII. APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS NEGOCIADOS EN EL SENO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O EN CONFERENCIAS DIPLOMÁTICAS CONVOCADAS BAJO LOS AUSPICIOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

No obstante la existencia de los precedentes examinados, cuando se adoptó la Convención de Viena de 1969, la inclusión de cláusulas de aplicación provisional seguía siendo algo relativamente raro. Su creciente necesidad es el resultado de una combinación entre la conveniencia de conseguir la pronta entrada en vigor de tratados que están sujetos a ratificación y la dificultad de lograr precisamente eso. Y el problema es mayor en los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, toda vez que suelen requerir un número alto de ratificaciones para su entrada en vigor.¹⁵¹ De ahí que se prevea que el periodo de aplicación provisional sea relativamente breve, aunque esto no se logre.¹⁵²

Se observa que, con vistas a resolver intereses contrapuestos y diversas circunstancias, las cláusulas sobre aplicación provisional tienden a volverse

¹⁴⁹ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/SP.pdf (énfasis añadido).

¹⁵⁰ A/CN.4/675, párr. 29.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.154.

¹⁵² Tratado de los Cielos Abiertos, OSCE (1992), United Kingdom Treaty Series (2002) 27, que disponía que la aplicación provisional estaría limitada a 12 meses desde la apertura a firma del tratado. Sin embargo, el tratado preveía que, de no entrar en vigor en la fecha en que terminaba la aplicación provisional, el periodo inicial podía ampliarse si los Estados signatarios así lo decidían. El tratado fue aplicado provisionalmente en su integralidad, desde su apertura a firma en 1992 hasta su entrada en vigor en 2002.

más complejas y a abarcar una serie de posibilidades en lugar de atender a una única preocupación o propósito.¹⁵³

Un ejemplo es el del acuerdo de 1994, relativo a la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Este acuerdo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1994 con el fin de modificar, por medio de la interpretación, algunas disposiciones controvertidas de la Convención de 1982. Se trataba de asegurar que el Acuerdo tuviese plena aplicación en el momento en que la Convención de 1982 fuese a entrar en vigor, es decir, el 16 de noviembre de 1994. Conforme a su artículo 7o., el cual ofrece distintas modalidades para que los Estados se acojan al régimen de la aplicación provisional, el acuerdo comenzó a ser aplicado provisionalmente desde el 16 de noviembre de 1994, y hasta su entrada en vigor el 28 de julio de 1996. La decisión de aplicar provisionalmente el acuerdo puede concretarse mediante la simple notificación al depositario, con base en el párrafo 1 (c) del artículo 7o.

Esta modalidad de mera notificación al depositario, que podría llamarse optativa simplificada, se ha convertido en una práctica común en este tipo de tratados. Sirvan de ejemplo el artículo 15 de la Convención sobre la asistencia en caso de accidente nuclear o radiológico de 1986, y el artículo 13 de la Convención sobre pronta notificación de un accidente nuclear, también de 1986, negociados bajo los auspicios del Organismo Internacional de Energía Atómica.

El carácter voluntario de este tipo de cláusulas ofrece una opción a la que puede recurrir incluso un Estado que no figuró entre los negociadores del tratado en cuestión y que se explica por la natural vocación a la universalidad de los tratados multilaterales. Frente a casos de notificación por medio de la que se ejerce la opción de la aplicación provisional, el único requisito es que tal opción esté prevista en el tratado o convenida de algún otro modo.

Igualmente, puede darse el caso de que un Estado decida no hacer uso de la opción de la aplicación provisional prevista para todos los Estados que estén llamados a ser parte del tratado, en cuya hipótesis ese Estado deberá notificar al depositario su decisión de no aplicar provisionalmente el tratado. Esta posibilidad quedó contemplada en el artículo 7o., párrafo 1 (a) y (b), del acuerdo de 1994 relativo a la Parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.

¹⁵³ Michie, Andrew, "The Role of Provisionally Applied treaties in International Organizations", *op. cit.*, pp. 39-56.

En la actualidad, hay otro ejemplo que, en opinión del relator especial, resulta emblemático, por la gran utilidad que puede tener la aplicación provisional para el establecimiento y funcionamiento de una organización internacional. Se trata de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCEN).

El 10 de septiembre de 1996, la Asamblea General de la ONU adoptó el Tratado para la Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCEN).¹⁵⁴ A la fecha, casi 20 años después de su adopción, el TPCEN no ha entrado en vigor.

No obstante, el artículo II del TPCEN prevé la creación de la organización internacional. Para tal fin, el secretario general de la ONU, en su carácter de depositario del tratado, convocó a una reunión de Estados signatarios en la que se adoptó una resolución para el establecimiento de una Comisión Preparatoria de la OTPCEN.¹⁵⁵ El anexo de dicha resolución desarrolla detalladamente, en sus veintidós párrafos, las funciones que se le encomiendan a la Comisión Preparatoria, entre las que se encuentra la de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena operación del sistema de verificación del tratado en el momento de su entrada en vigor.¹⁵⁶ Más aún, el apéndice del establecimiento de la Comisión Preparatoria aborda, a lo largo de 6 páginas, la lista “indicativa” de labores que se le encomiendan a ésta en relación con las tareas de verificación.¹⁵⁷ Basta revisar la lista indicativa de labores de verificación para confirmar que se trata de funciones sustantivas, con efectos jurídicos. Tan es así, que la Comisión Preparatoria ha celebrado acuerdos con Estados para el establecimiento en sus territorios de instalaciones de vigilancia, previstas en el protocolo del TPCEN.¹⁵⁸ Actualmente, el Sistema Internacional de Vigilancia cuenta con laboratorios y estaciones de monitoreo que operan de manera efectiva en 89 Estados.¹⁵⁹

Así, también se ha aplicado provisionalmente el protocolo del TPCEN,¹⁶⁰ cuyo artículo 4o. (1) señala que:

¹⁵⁴ A/Res/50/245.

¹⁵⁵ *Resolution establishing the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty Organization*. CTBT/MSS/RES/1, adoptada el 19 de noviembre de 1996.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 4, párr. 13.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 7-12.

¹⁵⁸ Por ejemplo, con Australia, 2123 U.N.T.S. 41; Islas Cook, 2123 U.N.T.S. 111; Finlandia, 2123 U.N.T.S. 27; Jordania, 2123 U.N.T.S. 59; Kenia, 2123 U.N.T.S. 74, y Sudáfrica, 2123 U.N.T.S. 93.

¹⁵⁹ <http://www.ctbto.org/verification-regime/background/overview-of-the-verification-regime/>.

¹⁶⁰ Michie, Andrew, “The Provisional Application of Arms Control Treaties”. *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, vol. 10, núm. 3, pp. 345 y 369.

De conformidad con los acuerdos o arreglos y procedimientos del caso, un Estado Parte u otro Estado que acoja instalaciones del Sistema Internacional de Vigilancia o que de otro modo sea responsable de ellas y la Secretaría Técnica *se pondrán de acuerdo y cooperarán para establecer, hacer funcionar, mejorar, financiar y mantener las instalaciones de vigilancia, los laboratorios homologados conexos y los medios de comunicación correspondientes emplazados en las zonas sometidas a su jurisdicción o control o en cualquier otro lugar de conformidad con el derecho internacional*¹⁶¹ (énfasis añadido).

Como es evidente, el establecimiento y operación provisional de la Comisión Preparatoria de la OTPCEN ha demostrado durante casi dos décadas la utilidad de esta figura en la implementación de un sistema internacional de verificación en materia de ensayos nucleares, con plenos efectos jurídicos. Además, no se prevé que en el futuro próximo se obtengan las ratificaciones necesarias de conformidad con el TPCEN y su anexo 2, para que este instrumento entre en vigor.

En ese sentido, pareciera que los acuerdos provisionales que han sido citados, así como la operación provisional de la Comisión Preparatoria, se extenderán de manera indefinida en el tiempo, lo cual subraya el valor de la aplicación provisional del tratado, más allá de su función puramente preparatoria.¹⁶²

Vale la pena, finalmente, detenerse en un caso de aplicación provisional de un conjunto de enmiendas a la Convención Constitutiva de una organización internacional denominada Inmarsat y a su acuerdo de operación.¹⁶³ Ninguno de dos instrumentos previó la aplicación provisional. Tampoco se dijo nada al respecto cuando se acordaron enmiendas a ambos tratados. La cuestión que tuvieron ante sí los Estados negociadores era la de saber, *inter alia*: 1) si en ausencia de disposición expresa en el tratado, la Asamblea de las partes goza de la autoridad para decidir acerca de la aplicación provisional de las enmiendas; 2) si una decisión adoptada por consenso sería suficiente y qué ocurriría si una de las partes se opusiera; y 3) en su caso, cuántos votos se requerirían y qué derechos se reconocerían a la(s) parte(s) disidentes.

Para guiar su criterio, se recurrió a algunos precedentes que demuestran que el órgano supremo de la organización tomó la decisión de aplicar provisionalmente enmiendas, sin contar para ello con una disposición expresa en

¹⁶¹ CTBT/MSS/RES/1. Protocolo al Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, Parte I, párr. 4.

¹⁶² Michie, Andrew, "The Provisional Application of Arms Control Treaties", *op. cit.*, p. 370.

¹⁶³ Sagar, David, "Provisional Application in an International Organization", *Journal of Space Law*, vol. 27, núm. 2, 1999, pp. 99-116.

el instrumento constitutivo correspondiente. Ejemplos en este sentido incluyen al Congreso General de la Unión Postal Universal, al Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Conferencia Interamericana y, de manera especial, la práctica de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.¹⁶⁴

A fin de cuentas, de lo que se trataba era de acreditar que se satisfacía el requisito del párrafo 1 (b) del artículo 25 de las convenciones de Viena para comprobar que se había convenido a la aplicación provisional “de otro modo”.

Un ejemplo más de los motivos que pueden inclinar la balanza en favor de la aplicación provisional es la enmienda, adoptada en 2011 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. El grupo de trabajo especial sobre los nuevos compromisos de las partes del anexo I, con arreglo al Protocolo de Kioto, al analizar la interrupción que podría producirse por motivos relacionados con la entrada en vigor de las enmiendas al Protocolo de Kioto, recomendó que éstas pudiesen aplicarse provisionalmente.¹⁶⁵ Esta recomendación fue endosada por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Protocolo de Kioto, la cual, en su informe sobre su octavo periodo de sesiones (2012), decidió que “las Partes pueden aplicar provisionalmente la enmienda en espera de su entrada en vigor de conformidad con los artículos 20 y 21 del Protocolo de Kioto, y decide que las Partes deberán notificar esa aplicación provisional al Depositario”.¹⁶⁶

Un ejemplo especialmente pertinente es el de la aplicación provisional por parte de la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción.¹⁶⁷

Una vez que Siria presentó su declaración unilateral de aplicación provisional de la citada Convención, el director general de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) respondió de manera neutral, al comunicar a Siria que su “solicitud” de aplicación provisional sería circulada a los Estados parte. Aun cuando la Convención no se refiere a la aplicación provisional y esta posibilidad no fue objeto de deliberación

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 104-106

¹⁶⁵ UNFCCC/KP/AWG/2010/10, “Consideraciones jurídicas relativas a una posible interrupción entre el primer periodo de compromiso y el segundo”, 20 de julio de 2010, párr. 18.

¹⁶⁶ UNFCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, “Informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto sobre su octavo periodo de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012”, 28 de febrero de 2013, párr. 5.

¹⁶⁷ A/CN.4/675, párrs. 66-68.

durante las negociaciones, ni los Estados parte ni la Organización se opusieron a que Siria aplicara provisionalmente la Convención, de conformidad con lo expresado en su declaración unilateral.¹⁶⁸

En este caso, resulta pertinente notar la interlocución entre los Estados y la Organización, por conducto de su director general, pues demuestra que “aunque el Director General de la OPAQ no es el depositario de la Convención, la Organización, siendo el órgano encargado de su implementación, tenía un papel que jugar”¹⁶⁹ en la definición de los efectos jurídicos de la aplicación provisional. Además, “la conducta de las organizaciones internacionales puede servir como catalizador de la práctica de los Estados”.¹⁷⁰

En conclusión, como lo dijo la Asociación de Derecho Internacional en su Informe Final de la Conferencia de Berlín sobre Derecho del Control de Armas y Desarme (2004), “la aplicación provisional, como mecanismo de fomento de la confianza, refuerza la legalidad del TPCEN, alienta ratificaciones, y disuade a los Estados de llevar a cabo ensayos nucleares en el futuro”.¹⁷¹

XIII. APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS DE LOS QUE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SON PARTE

Otro tema que merece ser analizado se refiere a los tratados de los que organizaciones internacionales son parte y son aplicados de manera provisional.

En este sentido, “generalmente la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la conducta internacional de la organización o las organizaciones internacionales puede, como tal, servir como práctica pertinente a los efectos de la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario”.¹⁷²

Tomando esto en consideración, a continuación se muestran algunos casos relevantes para la identificación de la práctica de las organizaciones internacionales.

¹⁶⁸ Jacobsson, Marie G., “Syria and the Issue of Chemical Weapons” en Ebbesson, Jonas *et al.* (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Brill Nijhoff, 2014, pp. 137-141.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 138.

¹⁷⁰ A/CN.4/682, *op. cit.*, párr. 75.

¹⁷¹ *International Law Association*, Berlin Conference (2004), Arms Control and Disarmament Law, p. 6, párr. 8.

¹⁷² Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, por Sir Michael Wood, relator especial, 27 de marzo de 2015, A/CN.4/682, párr. 76.

Ejemplos de tratados aplicados provisionalmente que se refieren al establecimiento de sedes de organizaciones internacionales, incluyen:

- 1) El Acuerdo de sede para el establecimiento del Organismo Internacional de Energía Atómica, firmado entre Austria y el Organismo, entró en vigor el 1 de marzo de 1958, pero fue aplicado provisionalmente desde el 1 de enero de ese mismo año.¹⁷³
- 2) El Acuerdo de sede suscrito entre España y la Organización Mundial de Turismo, el cual se aplicó provisionalmente desde el 1 de enero de 1976 y entró en vigor hasta el 2 de junio de 1977.¹⁷⁴
- 3) El Acuerdo de sede suscrito entre Alemania y la ONU para el establecimiento de oficinas de esta última en Bonn, el cual “entró en vigor” provisionalmente el mismo día que se adoptó.¹⁷⁵
- 4) El Acuerdo de sede firmado entre Países Bajos y la ONU para el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, el cual señala en su artículo XXIX (4) su aplicación provisional a partir del momento de su firma.¹⁷⁶

También existen ejemplos de tratados suscritos entre organizaciones internacionales que han sido aplicados de manera provisional, por ejemplo:

- 1) El Acuerdo que regula la relación entre la ONU y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas¹⁷⁷, el cual estableció un régimen de aplicación provisional a partir del momento de la firma en el artículo XVI (2).
- 2) El Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización de la Conferencia Islámica, aplicado provisionalmente desde su suscripción el 3 de noviembre de 1993.¹⁷⁸

¹⁷³ Agreement Between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the headquarters of the International Atomic Energy Agency (339 U.N.T.S. 151) INFCIRC/15. Nota al pie 1.

¹⁷⁴ Agreement Concerning the Legal Status of the World Tourism Organisation in Spain. 1047 U.N.T.S. 85. Nota al pie 1.

¹⁷⁵ Agreement Concerning the Occupancy and Use of the United Nations Premises in Bonn. 1911 U.N.T.S. 187. Nota al pie 1.

¹⁷⁶ Agreement Between the United Nations and the Kingdom of the Netherlands Concerning the Headquarters of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991. 792 U.N.T.S. 35.

¹⁷⁷ Agreement Concerning the Relationship Between the United Nations and the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. EC-MXI/DEC.1. 1 de septiembre de 2000.

¹⁷⁸ Agreement on the Establishment of Working Relations and Cooperation. 1727 U.N.T.S. 258. Nota al pie 1.

- 3) El Acuerdo relativo a la relación entre la ONU y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, también aplicado provisionalmente desde el día de su firma el 14 de marzo de 1977.¹⁷⁹
- 4) El Acuerdo entre la Comisión Preparatoria de la OTCEN y la Organización Meteorológica Mundial, que prevé la aplicación provisional en su artículo XIII (2).¹⁸⁰

Inclusive, existen algunos ejemplos de acuerdos realizados mediante canje de notas, cuya aplicación a los Estados y organizaciones internacionales no sólo es provisional, sino que contempla efectos retroactivos. Tal fue el caso entre Chipre y la ONU respecto de la Operación de Mantenimiento de la Paz en ese país.¹⁸¹ Otros ejemplos son los acuerdos celebrados entre la Organización Internacional del Trabajo y Etiopía¹⁸² y Rusia,¹⁸³ respectivamente.

En suma, la flexibilidad que revelan estos casos es resultado de la necesidad de instrumentar ciertas disposiciones del tratado en cuestión, a fin de poder operar en la práctica dentro de un marco jurídico específico. Son muestra también de que existe un reconocimiento sobre los efectos jurídicos de los tratados aplicados provisionalmente, tanto por Estados como por organizaciones internacionales.

Para concluir, me parece que ha quedado claro que la interpretación que debe hacerse del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y también de la CVDTOI, es prácticamente la misma, en particular por lo que se refiere a los efectos jurídicos que tiene esta figura.

¹⁷⁹ Agreement Concerning the Relationship Between the United Nations and the International Seabed Authority. 1967 U.N.T.S. 255. Nota al pie 1.

¹⁸⁰ Agreement between the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization and the World Meteorological Organization. CTBT/LEG. AGR/39. 2 de febrero de 2011.

¹⁸¹ Exchange of Letters Constituting an Agreement Concerning the Status of the United Nations Peace-Keeping Force in Cyprus. New York, 31 March 1964. 192 U.N.T.S. 57. Provisionally on 31 March 1964 and with retroactive effect from 14 March 1964.

¹⁸² Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the International Labour Organization Concerning the Office of the Organization in Addis Ababa. 2157 U.N.T.S. 255. Provisionally on 8 September 1997 and definitively on 4 June 2001, in accordance with article 10.

¹⁸³ Agreement Between the Government of the Russian Federation and the International Labour Organisation on the Office of the Organisation in Moscow. 2058 U.N.T.S. 30. Provisionally on 5 September 1997 by signature and definitively on 24 September 1998 by notification, in accordance with article 15.

XIV. CONCLUSIÓN

El recurso a la aplicación provisional de los tratados no constituye, ni debe constituir, una alternativa a la plena entrada en vigor del tratado, en los términos del derecho de los tratados. La vocación del tratado es ésa y éste sólo despliega todos sus efectos en términos de la relación contractual con las demás partes; cuando ha entrado en vigor respecto de todas sus partes.

No obstante, como pudimos ver en los numerosos ejemplos analizados en este ensayo, la aplicación provisional ofrece innegables ventajas para preparar la entrada en vigor del tratado cuando las circunstancias así lo requieren —lo que es especialmente cierto en los tratados multilaterales—. En suma, el recurso al artículo 25 de las dos convenciones de Viena contribuye, sin duda alguna, a asentar la norma contenida en el tratado y a su universalidad.

Por supuesto, sólo corresponde al Estado tomar la decisión de recurrir a esta figura, y es deseable que, al hacerlo, no lo haga para incumplir con los requisitos que marcan sus leyes para ratificar el tratado. Pero en todo caso, esa es una cuestión que no incumbe al derecho internacional, pues el incumplimiento de una disposición de derecho interno no puede ser invocada para justificar la violación de una regla de derecho internacional, como señala el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.