Capítulo VI

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

A. Introducción

64. En su 60º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Los tratados en el tiempo» y establecer un Grupo de Estudio al respecto en su 61er período de sesiones[379]. En el 61er período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los Tratados en el Tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones, los debates celebrados en el Grupo de Estudio se centraron en la identificación de las cuestiones que iban a tratarse, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema[380].

65. Del 62º período de sesiones al 64º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaban, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial[381], la jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[382] y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales[383].

66. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio[384], decidió: *a*) modificar, a partir del 65º período de sesiones (2013), la estructura de la labor sobre el tema, con arreglo a la sugerencia del Grupo de Estudio; y *b*) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»[385].

67. En el 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial[386] y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes[387].

68. En el 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial[388] y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes[389].

69. En el 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial[390] y aprobó provisionalmente un proyecto de conclusión y el comentario correspondiente[391].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

70. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/694), en el que se examinaba la relevancia jurídica, a efectos de la interpretación y como forma de práctica en el marco de un tratado, de los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados (párrs. 10 a 94) y de las decisiones de los tribunales nacionales (párrs. 95 a 112), y se proponían, respectivamente, los proyectos de conclusión 12 y 13 acerca de esas cuestiones. También se abordaba la estructura y el alcance de los proyectos de conclusión y se proponía incluir un nuevo proyecto de conclusión 1a (párrs. 113 a 117) y se sugería revisar el proyecto de conclusión 4, párrafo 3 (párrs. 118 a 122).

---

[379] En su 2997ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008. Véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 353; y por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase ibíd., anexo I. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

[380] Véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

[381] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 345 a 354; y *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 337.

[382] Véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 338 a 341; y *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 230 y 231.

[383] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 232 a 234. En el 63er período de sesiones (2011), el Presidente del Grupo de Estudio presentó nueve conclusiones preliminares reformuladas a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344). En el 64º período de sesiones (2012), el Presidente presentó el texto de seis conclusiones preliminares adicionales, reformuladas también a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 240). El Grupo de Estudio examinó también la estructura que debía adoptar la futura labor sobre el tema, así como el posible resultado de esa labor. El Presidente hizo una serie de sugerencias, que fueron acordadas por el Grupo de Estudio (ibíd., párrs. 235 a 239).

[384] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 226 y 239.

[385] Ibíd., párr. 227.

[386] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660.

[387] Ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 33 a 39. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados); 2 (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación); 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo); 4 (Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior); y 5 (Atribución de la práctica ulterior).

[388] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/671.

[389] Ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 70 a 76. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 6 (Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior); 7 (Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación); 8 (Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación); 9 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado); y 10 (Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes).

[390] *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/683.

[391] Ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 123 a 129. La Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 11 (Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales).

71. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3303ª, 3304ª, 3306ª y 3307ª, celebradas los días 24, 25, 27 y 31 de mayo de 2016. En su 3307ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2016, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1a y 12 propuestos por el Relator Especial.

72. En su 3313ª sesión, celebrada el 10 de junio de 2016, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó, en primera lectura, un conjunto de 13 proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (véase la sección C.1 *infra*). En sus sesiones 3335ª a 3337ª, 3340ª y 3341ª, celebradas los días 4, 5, 8 y 9 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (véase la sección C.2 *infra*).

73. En su 3341ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de conclusiones (sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que presentaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2018.

74. En su 3341ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2016, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Georg Nolte, por su excelente contribución, que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados por la Comisión en primera lectura

1. Texto de los proyectos de conclusión

75. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión aprobados por la Comisión en primera lectura.

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Conclusión 1. Introducción

El presente proyecto de conclusiones se refiere al papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

Segunda parte

REGLAS BÁSICAS Y DEFINICIONES

Conclusión 2 [1][392]. Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y la regla sobre los medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas, que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: *a*) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y *b*) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que preste la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Conclusión 3 [2]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, que constituyen una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

Conclusión 4. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por «acuerdo ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a*, se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por «práctica ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

3. Por otra «práctica ulterior» como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

Conclusión 5. Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Tercera parte

ASPECTOS GENERALES

Conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación del tratado. Ese no suele ser el caso si las partes han acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

3. La identificación de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 requiere, en particular, determinar si el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado.

[392] Los números de los proyectos de conclusión aprobados anteriormente por la Comisión a título provisional se indican entre corchetes.

Conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, contribuyen, en su interacción con otros medios de interpretación, a la aclaración del sentido de un tratado. Ello puede dar lugar a la restricción, la ampliación o la determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones, incluido cualquier margen de discrecionalidad que el tratado conceda a las partes.

2. La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

3. Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo alcanzado ulteriormente o una práctica seguida en la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y del derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 8 [3]. Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Conclusión 9 [8]. Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

1. El peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3, depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad.

2. El peso de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga.

3. El peso de la práctica ulterior como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 puede depender de los criterios mencionados en los párrafos 1 y 2.

Conclusión 10 [9]. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante.

2. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede variar. El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción.

CUARTA PARTE

ASPECTOS ESPECÍFICOS

Conclusión 11 [10]. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

1. Una conferencia de Estados partes, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de Estados partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo que actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o dar lugar a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluido el consenso.

Conclusión 12 [11]. Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32, pueden provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

Conclusión 13. Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional.

2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado.

3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado.

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado pueda hacer de otro modo a la interpretación de un tratado.

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

76. El texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura figura a continuación. El texto contiene una versión consolidada de los comentarios aprobados hasta el momento por la Comisión, incluidas las modificaciones y adiciones hechas a los comentarios previamente aprobados y los comentarios aprobados en el 68º período de sesiones de la Comisión.

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Conclusión 1. Introducción

El presente proyecto de conclusiones se refiere al papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

Comentario

1) El presente proyecto de conclusiones tiene por objeto explicar el papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados. Se basa en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena de 1969). El proyecto de conclusiones encuadra los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el marco de las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación identificando y dilucidando las autoridades y los ejemplos pertinentes y abordando determinadas cuestiones que pueden plantearse al aplicar esas normas[393].

2) El proyecto de conclusiones no tiene en cuenta todas las circunstancias imaginables en las que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar un papel en la interpretación de los tratados. Por ejemplo, un aspecto que no se trata específicamente es la pertinencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales[394]. El proyecto de conclusiones tampoco aborda la interpretación de normas aprobadas por una organización internacional, la identificación del derecho internacional consuetudinario ni los principios generales del derecho. Esto se entiende sin perjuicio de otros medios de interpretación previstos en el artículo 31, como el párrafo 3 *c*, según el cual la interpretación de un tratado deberá tener en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

3) El proyecto de conclusiones tiene por objeto facilitar la labor de quienes están llamados a interpretar los tratados. Además de a los tribunales y cortes internacionales, el proyecto de conclusiones ofrece orientación a los Estados, incluidos sus tribunales, y a las organizaciones internacionales, así como a actores no estatales y a todos los que estén llamados a interpretar los tratados.

[393] Como siempre ocurre con los trabajos de la Comisión, el proyecto de conclusiones debe leerse juntamente con los comentarios.

[394] Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) (Viena, 21 de marzo de 1986, que aún no ha entrado en vigor); ello no es óbice para que en los comentarios se utilicen algunos materiales que guardan relación con ese tipo de tratados pero son pertinentes de manera general.

SEGUNDA PARTE

REGLAS BÁSICAS Y DEFINICIONES

Conclusión 2 [1]. Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y la regla sobre los medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas que, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: *a*) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y *b*) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que preste la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 [1] sitúa los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida como medio de interpretación de los tratados en el marco de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. El título «Regla general y medios de interpretación de los tratados» pone de relieve dos cuestiones. En primer lugar, que el artículo 31, tomado en su conjunto, es la «regla general» de interpretación de los tratados[395]. En segundo lugar, que los artículos 31 y 32 enumeran una serie de «medios de interpretación», que deberán (artículo 31) o podrán (artículo 32) tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados[396].

Párrafo 1, primera oración – la relación entre los artículos 31 y 32

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 2 [1] se hace hincapié en la relación existente entre los artículos 31

[395] Título del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

[396] Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), párr. 8; véase también M. E. Villiger, «The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2009*, vol. 344, págs. 9 a 133, en especial págs. 118 y 119, y 126 a 128.

y 32, así como en el hecho de que, tomadas en su conjunto, ambas disposiciones reflejan el derecho internacional consuetudinario. La referencia a los artículos 31 y 32 aclara desde el principio el contexto general en que se abordan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el proyecto de conclusiones.

3) Aunque el artículo 31 establece la regla general y el artículo 32 se refiere a los medios de interpretación complementarios, ambas disposiciones[397] han de examinarse conjuntamente, ya que constituyen un marco integrado para la interpretación de los tratados. El artículo 32 distingue entre los medios de interpretación fundamentales previstos en el artículo 31[398], todos los cuales deberán tenerse en cuenta en el proceso de interpretación, y los «medios de interpretación complementarios», a los que se podrá acudir para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido del tratado o de sus términos o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Párrafo 1, segunda oración – las reglas de interpretación de la Convención de Viena y el derecho internacional consuetudinario

4) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 2 [1] confirma que las reglas que figuran en los artículos 31 y 32 reflejan el derecho internacional consuetudinario[399]. Los tribunales y cortes internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. En particular, tal es el caso de la Corte Internacional de Justicia[400], el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)[401], los arbitrajes entre Estados[402], el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[403], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[404], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[405], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[406] y los tribunales establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)[407] en virtud

[397] En relación con el significado del término «reglas» en este contexto, véanse *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 239 a 242 (comentario, introducción); y R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 36 a 38.

[398] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 244 y 245, comentario al proyecto de artículo 28, párr. 19; tercer informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21; M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, vol. 151, págs. 1 a 114, en especial pág. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed. rev., Manchester, Manchester University Press, 1984, págs. 141 y 142; Villiger, «The 1969 Vienna Convention…» (nota 396 *supra*), págs. 127 y 128.

[399] Y. le Bouthillier, «Commentary on article 32 of the Vienna Convention», en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 841 a 865, en especial págs. 843 a 846, párrs. 4 a 8; P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Din), 8ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, págs. 285 y 286; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 13 a 20; Villiger, «The 1969 Vienna Convention…» (nota 396 *supra*), págs. 132 y 133.

[400] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial pág. 46, párr. 65 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 237, párr. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 109 y 110, párr. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 174, párr. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial pág. 48, párr. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial págs. 645 y 646, párr. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial pág. 501, párr. 99 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1059, párr. 18 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial págs. 21 y 22, párr. 41 (Convención de Viena de 1969, art. 31; el artículo 32 no se menciona pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios).

[401] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, págs. 10 y ss., en especial pág. 28, párr. 57.

[402] *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII (núm. de venta: E/F.06.V.8), págs. 35 a 125, en especial pág. 62, párr. 45 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32).

[403] El artículo 3, párráfo 2, del Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) establece que «[…] sirve para […] aclarar las disposiciones vigentes de [los] acuerdos [abarcados por la OMC] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público», pero no se refiere de manera específica a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha reconocido sistemáticamente que esos artículos reflejan normas de derecho internacional consuetudinario y ha acudido a ellos por remisión al artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento. Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina)*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, secc. III.B (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 1); informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, secc. D (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32). Véase también G. Nolte, «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time», en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 210 a 306, en especial pág. 215.

[404] *Golder v. the United Kingdom*, demanda *núm. 4451/70,* 21 de febrero de 1975, Serie A, núm. 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, demanda núm. 26629/95, 4 de abril de 2000, ECHR 2000-III, párr. 58 (Convención de Viena de 1969, art. 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], demanda núm. 34503/97, 12 de noviembre de 2008, ECHR 2008, párr. 65 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33).

[405] *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 2, párr. 19 (implícitamente, Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 94, párr. 19 (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 1).

[406] *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-386/08, *Recopilación de Jurisprudencia 2010*, pág. I-01289, párrs. 41 a 43 (Convención de Viena de 1969, art. 31).

[407] *National Grid plc c. República Argentina*, decisión sobre competencia (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)), 20 de junio de 2006, párr. 51 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32); *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec et al. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, orden del Tribunal de Acumulación, 7 de septiembre de 2005, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 y 32).

del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Por tanto, las reglas contenidas en los artículos 31 y 32 se aplican como derecho de los tratados a los Estados partes en la Convención de Viena de 1969 y los tratados que entran dentro del ámbito de la Convención, y como derecho internacional consuetudinario entre todos los Estados.

5) La Comisión examinó también la posibilidad de referirse al artículo 33 de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto de conclusión 2 [1] y se planteó si esa disposición también reflejaba el derecho internacional consuetudinario. El artículo 33 puede ser pertinente para los proyectos de conclusión sobre el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados». Según lo dispuesto en el artículo 31, párrafo 3 *a*, un «acuerdo ulterior» podría, por ejemplo, formularse en dos o más idiomas y podrían plantearse cuestiones con respecto a la relación de cualquier acuerdo ulterior con las diferentes versiones lingüísticas del propio tratado. No obstante, la Comisión decidió no ocuparse de esas cuestiones.

6) La Comisión, en particular, consideró si las reglas establecidas en el artículo 33 reflejaban el derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros pensaban que todas las reglas contenidas en el artículo 33 reflejaban el derecho internacional consuetudinario, mientras que otros querían dejar abierta la posibilidad de que solo fuera así en el caso de algunas de las reglas que figuraban en esa disposición, pero no de todas ellas. La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales aún no se ha ocupado plenamente de esa cuestión. La Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC han considerado que algunas partes del artículo 33 reflejan normas de derecho internacional consuetudinario. En la causa relativa a *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el párrafo 4 del artículo 33 reflejaba el derecho internacional consuetudinario[408]. No está tan claro si, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte consideró que el párrafo 3 del artículo 33 reflejaba una norma consuetudinaria[409]. El Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido que las disposiciones de los párrafos 3 y 4 reflejan el derecho consuetudinario[410]. En el caso *Young Loan Arbitration*, el Tribunal de Arbitraje determinó que el párrafo 1 «incorporaba» un «principio»[411]. El TIDM y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido un paso más allá y han afirmado que el artículo 33 en su conjunto refleja el derecho consuetudinario[412]. Por tanto, en la jurisprudencia existen indicios significativos de que el artículo 33, en su totalidad, realmente refleja el derecho internacional consuetudinario.

Párrafo 2 – el artículo 31, párrafo 1

7) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 2 [1] se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969, dada su importancia para el tema. El artículo 31, párrafo 1, es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados, de acuerdo con la regla general recogida en el artículo 31 en su conjunto. El propósito es contribuir a asegurar, en el presente proyecto de conclusiones, que en el proceso de interpretación haya un equilibrio entre la evaluación de los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, por una parte, y las consideraciones relativas a los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida, por otra. No obstante, el objetivo de reiterar el artículo 31, párrafo 1, en un párrafo aparte no es dar a entender que ese párrafo y los medios de interpretación mencionados en él son, en el fondo, más importantes en el contexto del propio artículo 31. Todos los medios de interpretación que figuran en el artículo 31 forman parte de una regla única integrada[413].

Párrafo 3 – el artículo 31, párrafo 3

8) En el párrafo 3 se reproduce el texto del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969, a fin de situar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como aspectos principales del tema, en el marco jurídico general de la interpretación de los tratados. Por ello, el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, «[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta» se mantiene para hacer hincapié en que la evaluación de los medios de interpretación mencionados en el párrafo 3 *a* y *b* del artículo 31 forma parte integrante de la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31[414].

---

[408] *LaGrand* (véase la nota 400 *supra*), pág. 502, párr. 101.

[409] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1062, párr. 25; puede que la Corte aplicara esta disposición únicamente porque las partes no se opusieron a ello.

[410] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, párr. 59 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 3); informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)* (*Estados Unidos – Algodón americano* (upland)), WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, párr. 424, donde el Órgano de Apelación aplica y menciona expresamente el artículo 33, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 sin dar a entender que tenga carácter consuetudinario; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, párr. 271 (Convención de Viena de 1969, art. 33, párr. 4).

[411] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (*e*) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, 16 de mayo de 1980, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX (núm. de venta: E/F.90.V.7), págs. 67 a 145, en especial pág. 92, párr. 17, o ILR, vol. 59 (1980), págs. 494 y ss., en especial pág. 528, párr. 17.

[412] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva del TIDM (véase la nota 401 *supra*); *Golder v. the United Kingdom*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 404 *supra*), párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 404 *supra*), párr. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 404 *supra*), párr. 65 (Convención de Viena de 1969, arts. 31 a 33).

[413] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8. Véase, *infra*, en detalle, el párrafo 12 del comentario sobre el proyecto de conclusión 2 [1], párr. 5.

[414] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8; y G. Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of *ad hoc* jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 169 y ss., en especial pág. 177.

Párrafo 4 – otra práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 32

9) En el párrafo 4 se aclara que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que no cumpla todos los criterios del artículo 31, párrafo 3 *b*, queda, no obstante, incluida en el ámbito de aplicación del artículo 32. El artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios[415]. En el párrafo 4 se toma prestada la expresión «se podrá acudir» del artículo 32 para mantener la distinción entre el carácter obligatorio de tener en cuenta los medios de interpretación enunciados en el artículo 31 y el carácter discrecional del uso de los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32.

10) En particular, la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual no conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino solo de una o varias partes, puede utilizarse como medio de interpretación complementario. Así lo afirmó la Comisión[416] y, desde entonces, así ha sido reconocido por los tribunales y cortes internacionales[417] y por los tratadistas[418] (véanse en más detalle los párrafos 23 a 37 del comentario del proyecto de conclusión 4).

11) No obstante, la Comisión no consideró que la práctica ulterior que no se seguía «en la aplicación del tratado» debiera figurar, en el presente proyecto de conclusiones, como un medio de interpretación complementario. Con todo, esa práctica puede constituir un medio de interpretación complementario pertinente en determinadas circunstancias[419]. Ahora bien, esa práctica va más allá de la cuestión que está examinando la Comisión en el marco del presente tema, excepto en la medida en que pueda contribuir a «evaluar» la práctica pertinente ulteriormente seguida en la aplicación de un tratado (véanse el proyecto de conclusión 5 y el comentario correspondiente). Por ello, en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2 [1] se requiere que cualquier práctica ulterior se haya seguido «en la aplicación del tratado», al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, donde se define «otra "práctica ulterior"».

Párrafo 5 – «una sola operación combinada»

12) La Comisión consideró importante terminar el proyecto de conclusión 2 [1] haciendo hincapié en el párrafo 5[420] en que, a pesar de la estructura del proyecto de conclusión 2 [1], que va de lo general a lo particular, el proceso de interpretación es «una sola operación combinada» que requiere que se preste «la debida atención» a los diversos medios de interpretación[421]. La expresión «una sola operación combinada» procede del comentario de la Comisión al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, de 1966[422]. En ese contexto, la Comisión también dijo que su intención era «subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad»[423].

13) El párrafo 5 del proyecto de conclusión 2 [1] señala también que en el proceso de interpretación, como «una sola operación combinada», se ha de prestar la debida atención a los diversos medios de interpretación a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, la Comisión no consideró necesario incluir una referencia, a modo de ejemplo, a uno o varios medios de interpretación concretos en el texto del párrafo 5 del proyecto de conclusión 2 [1][424]. Así se evita que pueda malinterpretarse que alguno de los diferentes medios tiene prioridad sobre los demás, independientemente de la disposición del tratado o del caso de que se trate.

---

[415] Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 79.

[416] *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 198, comentario al proyecto de artículo 69, párr. 13.

[417] *Kasikili/Sedudu Island*, fallo de la Corte Internacional de Justicia (véase la nota 400 *supra*), pág. 1096, párrs. 79 y 80; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), demanda núm. 15318/89, 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, párrs. 79 a 81; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase la nota 405 *supra*), párr. 92; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, medidas provisionales, providencia del TIDM de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, págs. 280 y ss., en especial párr. 50; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático (CE – Equipo informático)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998, párr. 90; véanse también informes del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012, párr. 452.

[418] Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 52: «*[…] la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir* une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties. *[…]* Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne*»; Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 138: «*[…] paragraph 3(b) of [a]rticle 31 of the Convention [covers] only a specific form of subsequent practice – that is to say,* concordant subsequent practice common to all the parties. Subsequent practice which does not fall within this narrow definition may nonetheless constitute a supplementary means of interpretation within the meaning of [a]rticle 32 of the Convention*»; S. Torres Bernárdez, «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties», en G. Hafner y otros (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, págs. 721 y ss., en especial pág. 726; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 431 y 432.

[419] L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 53 a 68, en especial págs. 59 a 62.

[420] Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*); Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice…» (nota 414 *supra*), págs. 171 y 177.

[421] Con respecto a la diferente función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación, véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), párrs. 42 a 57; véase también Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice…» (nota 414 *supra*), pág. 183.

[422] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

[423] Ibíd.

[424] Se trataba de una propuesta formulada por el Relator Especial en su primer informe (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), párr. 28: «Proyecto de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados) […] La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión». Véase también el análisis que figura en los párrafos 8 a 27 del primer informe.

14) En el párrafo 5 se utiliza la expresión «medios de interpretación», que abarca no solo los «medios de interpretación complementarios» mencionados en el artículo 32, sino también los elementos que figuran en el artículo 31[425]. Aunque en su comentario acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados la Comisión a veces utilizó las expresiones «medios de interpretación» y «elementos de interpretación» indistintamente, a los efectos del presente tema la Comisión conservó la expresión «medios de interpretación» porque también describe la función de herramienta o instrumento que desempeñan en el proceso de interpretación[426]. El término «medio» no establece diferencias entre los diversos elementos que se mencionan en los artículos 31 y 32. Indica más bien que cada uno de esos medios tiene una función en el proceso de interpretación, que es una «sola» operación y al mismo tiempo una operación «combinada»[427]. Al igual que los tribunales y cortes suelen comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado para luego analizar, en un proceso interactivo[428], esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado[429], en cualquier caso de interpretación de los tratados ha de determinarse en primer lugar la pertinencia concreta de los diversos medios de interpretación antes de que puedan «mezcl[arse] en el crisol»[430] para lograr una interpretación correcta, otorgándoles el peso debido en relación con los demás.

15) Durante la interpretación de un tratado en casos concretos, la obligación de prestar «la debida atención a los diversos medios de interpretación» podrá dar lugar a que se haga diferente hincapié en los diversos medios de interpretación, según el tratado o las disposiciones del tratado en cuestión[431]. Esto no quiere decir que un tribunal o cualquier otro intérprete sea más o menos libre de elegir la manera de utilizar y aplicar los diversos medios de interpretación. Lo que guía la interpretación es la evaluación del intérprete, que consiste en determinar la pertinencia de esos medios en un caso concreto y su interacción con los demás medios de interpretación en ese caso, prestándoles la debida atención y de buena fe, como requiere la regla que se va a aplicar[432]. La evaluación debe incluir, si es posible y factible, un examen de las evaluaciones y decisiones anteriores pertinentes en la misma esfera y quizá también en otras[433].

16) La Comisión debatió si sería apropiado hacer referencia, en el proyecto de conclusión 2 [1], a la «naturaleza» del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de dar más o menos peso a determinados medios de interpretación[434]. Algunos miembros consideraban que el objeto del tratado (por ejemplo, si las disposiciones se refieren a cuestiones puramente económicas o se ocupan más bien de los derechos humanos de la persona; y si las normas del tratado son más técnicas o están más orientadas a la promoción de los valores), así como su estructura y función básicas (por ejemplo, si las disposiciones tienen un carácter más recíproco o están más orientadas a proteger un bien común), pueden influir en la interpretación. Señalaron que la jurisprudencia de diferentes tribunales y cortes internacionales daba a entender que así era[435]. También se mencionó que el concepto de «naturaleza» de un tratado no era ajeno a

[425] Véase también, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 1; y Villiger, «The 1969 Vienna Convention…» (nota 396 *supra*), pág. 129; Daillier, Forteau y Pellet (nota 399 *supra*), págs. 284 a 289.

[426] Véase el acta resumida de la 3172ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2013, *Anuario… 2013*, vol. I.

[427] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

[428] Ibíd.

[429] Ibíd., págs. 240 y 241, párr. 6. Véase también Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 58; Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 130; J. Klabbers, «Treaties, object and purpose», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/EPIL), párr. 7; Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 427, párr. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 89, párrs. 45 y 46; *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic*, decisión de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII (núm. de venta: E/F.80.V.7), págs. 3 a 413, en especial págs. 32 y 33, párr. 39.

[430] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

[431] Proyecto de conclusión 1, párr. 2, según se propone en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660) (véase la nota 386 *supra*), en especial párr. 28, y, en general, párrs. 10 a 27.

[432] Las decisiones de los tribunales nacionales no han sido uniformes en cuanto al peso relativo que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior tienen en el proceso de interpretación de los tratados, véase Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Cámara de los Lores: *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, párrs. 47 y 48 (Lord Steyn); *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, párr. 31 (Lord Steyn). Estados Unidos, Tribunal Supremo: *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), págs. 183 a 185; *O'Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), págs. 31 y 32; *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), donde un juez emitió una opinión disidente (Juez Scalia) en la que criticaba a la mayoría del Tribunal por basarse en «[l]a práctica de los signatarios del Tratado» (pág. 369), que, en su opinión, no tenía que consultarse, ya que «cuando el texto del Tratado resuelve la cuestión que se plantea, no hay necesidad de seguir investigando», pág. 371. Suiza: Tribunal Administrativo Federal, sentencia de 21 de enero de 2010, BVGE 2010/7, párr. 3.7.11; Tribunal Federal Supremo, *A v. B*, sentencia en apelación de 8 de abril de 2004, núm. 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, págs. 430 y ss., en especial pág. 439.

[433] En el primer informe (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), se hace referencia a la jurisprudencia de los diferentes tribunales y cortes internacionales como ejemplos de la manera en que la importancia que se otorga a un medio en el proceso de interpretación pone de manifiesto el grado en que determinados casos de acuerdos ulteriores y prácticas ulteriormente seguidas han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[434] Proyecto de conclusión 1, párr. 2, según se propone en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660) (véase la nota 386 *supra*), párr. 28, y análisis en los párrs. 8 a 27.

[435] Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, por ejemplo, parecen hacer más hincapié en los términos del acuerdo abarcado por la OMC de que se trate (por ejemplo, informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS46/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párr. 45), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacan el carácter del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, como tratados de derechos humanos (por ejemplo, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], demandas núms. 46827/99 y 46951/99, ECHR 2005-I, párr. 111; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16, párr. 58); véase también *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), cap. XI, secc. B.3, págs. 185 a 187; y Nolte, «Jurisprudence under special regimes…» (nota 403 *supra*), págs. 216, 244 a 246, 249 a 262 y 270 a 275.

la Convención de Viena de 1969 (véase, por ejemplo, el artículo 56, párrafo 1 *b*)[436] y que el concepto de «naturaleza» de un tratado y/o de las disposiciones del tratado se había incluido en otros trabajos de la Comisión, en particular en relación con el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados[437]. No obstante, en opinión de otros miembros, el proyecto de conclusión no debía hacer referencia a la «naturaleza» del tratado, a fin de preservar la unidad del proceso de interpretación y evitar toda clasificación de los tratados. También se señaló que la noción de «naturaleza del tratado» no estaba clara y sería difícil distinguirla del objeto y fin del tratado[438]. Finalmente, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión y no hacer referencia a la naturaleza del tratado en el proyecto de conclusión 2 [1] por el momento.

Conclusión 3 [2]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, que constituyen una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

Comentario

1) Al calificar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969 como «medios auténticos de interpretación», la Comisión indica la razón por la cual esos medios son importantes para la interpretación de los tratados[439]. La Comisión sigue, pues, su comentario de 1966 acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que describía los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior contenidos en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, como «medios auténticos de interpretación» y señalaba:

> Es evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado[440].

2) No obstante, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, no son los únicos «medios auténticos de interpretación». Como ha explicado la Comisión:

> […] el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes […], haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado[441].

Así pues, el término «auténtico» se refiere a las diferentes formas de «evidencia objetiva» o «prueba» del comportamiento de las partes, que refleja el «entendimiento común de las partes» acerca del sentido del tratado.

3) Al describir los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, como medios «auténticos» de interpretación, la Comisión reconoce que la voluntad común de las partes, de la que dimana cualquier tratado, posee una autoridad específica en relación con la determinación del sentido del tratado, incluso después de la celebración de este. Así pues, la Convención de Viena de 1969 otorga a las partes en un tratado un papel que puede ser poco frecuente en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos jurídicos en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

4) No obstante, el carácter de «medios auténticos de interpretación» de los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, no implica que esos medios tengan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes. De acuerdo con el encabezamiento del artículo 31, párrafo 3, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, después de todo, solo «habrá[n] de tenerse en cuenta» en la interpretación del tratado, que consiste en una «sola operación combinada» en la que no existe una jerarquía entre los medios de interpretación enumerados en el artículo 31[442]. Por esta razón, y contrariamente

---

[436] M. Forteau, «Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice», *Revue générale de droit international public*, vol. 115, núm. 2 (2011), págs. 399 y ss., en especial págs. 406, 407 y 416; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., opinión separada del Magistrado Dillard, págs. 150 y ss., en especial pág. 154, nota 1.

[437] Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (art. 6 *a*), resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo; véase el proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus comentarios en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 100 y 101. Véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, ibíd., vol. II (segunda parte), cap. IV, párr. 75, e ibíd., vol. II (tercera parte); el texto de las directrices que componen la Guía de la Práctica figura en el anexo de la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013; la directriz 4.2.5 se refiere a la naturaleza de las obligaciones del tratado, más que a la naturaleza del tratado en sí.

[438] Según el comentario de la directriz 4.2.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, es difícil distinguir entre la naturaleza de las obligaciones del tratado y el objeto y fin del tratado, *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 290 (comentario de la directriz 4.2.5, párr. 3). Por otra parte, el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados enumera «una serie de factores relacionados con la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado», ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 125 (comentario al proyecto de artículo 6, párr. 3).

[439] Véase R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I, Harlow, Longman, 1992, pág. 1268, párr. 630; G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», *British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, págs. 203 a 293, en especial págs. 223 a 225; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles – Segunda reclamación (Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación))*, WT/DS353/R, adoptado el 23 de marzo de 2012, párr. 7.953.

[440] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

[441] *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 199, párr. 15; véase también ibíd., pág. 198, párr. 13: «El párrafo 3 especifica como *otros** elementos auténticos de interpretación los siguientes: *a*) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y *b*) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación»; en cambio, Waldock explicaba en su tercer informe sobre el derecho de los tratados que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación, ibíd., documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21.

[442] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párrs. 8 y 9.

a la opinión de algunos autores[443], los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado no son necesariamente concluyentes ni jurídicamente vinculantes[444]. Así pues, cuando la Comisión señaló que un «acuerdo ulterior» constituía «una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado»[445], no fue tan lejos como para afirmar que esa interpretación fuera necesariamente concluyente en el sentido de prevalecer sobre los demás medios de interpretación.

5) Eso no impide que las partes en un tratado, si lo desean, puedan llegar a un acuerdo vinculante respecto de la interpretación de un tratado. El Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sir Humphrey Waldock, dijo en su tercer informe que puede ser difícil distinguir la práctica ulteriormente seguida por las partes en el sentido de lo que se convirtió en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b* —que solo ha de tenerse en cuenta, entre otros medios, en el proceso de interpretación— de un acuerdo ulterior que las partes consideren vinculante:

> La práctica ulterior, cuando es uniforme y la siguen todas las partes, puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido que deba atribuirse al tratado, *al menos** cuando indica que las partes consideran que están obligadas por la interpretación. En estos casos, la práctica ulterior como elemento de la interpretación del tratado y como elemento de la formación de un acuerdo tácito se superponen y el sentido que se deriva de esa práctica se convierte en una interpretación auténtica establecida por acuerdo[446].

Si bien la opinión inicial de Waldock de que la práctica ulterior (simplemente) acordada «puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido» al final no se adoptó en la Convención de Viena de 1969, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado han de ser concluyentes con respecto a dicha interpretación cuando «las partes consideran que están obligadas por la interpretación». No obstante, siempre puede suceder que las disposiciones del derecho interno prohíban que el Gobierno de un Estado llegue a un acuerdo vinculante en esos casos sin que se cumplan ciertos requisitos —en su mayoría procedimentales— con arreglo a su constitución[447].

6) La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante es particularmente clara en los casos en que el propio tratado así lo prevé. El artículo 1131, párrafo 2, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, dispone que «[l]a interpretación que formule la Comisión [intergubernamental] sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección». La existencia de dicho procedimiento especial o de un acuerdo sobre la interpretación autorizada de un tratado que las partes consideren vinculante puede excluir, o no, el recurso adicional a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969[448].

7) La Comisión ha seguido utilizando el término «medios auténticos de interpretación» para describir el carácter no necesariamente concluyente, pero más o menos fehaciente, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. La Comisión no ha empleado los términos «interpretación auténtica» o «interpretación fehaciente» en el proyecto de conclusión 3 [2] porque esos conceptos se entienden a menudo en el sentido de un acuerdo necesariamente concluyente o vinculante entre las partes acerca de la interpretación de un tratado[449].

---

[443] M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission», en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 105 a 122, en especial pág. 111; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 34; O. Dörr, «Article 31, general rule of interpretation», en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Berlín, Springer, 2012, págs. 521 a 570, en especial págs. 553 y 554, párrs. 72 a 75; K. Skubiszewski, «Remarks on the interpretation of the United Nations Charter», en R. Bernhardt y otros (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, Berlín, Springer, 1983, págs. 891 a 902, en especial pág. 898.

[444] H. Fox, «Article 31 (3) (*a*) and (*b*) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», en M. Fitzmaurice, O. Elias y P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 59 a 74, en especial págs. 61 a 63; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruselas, Bruylant, 2013, págs. 313 a 315; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the legal effects of interpretative declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), págs. 170 a 196, en especial págs. 194 y 195; con reservas: J. M. Sorel y V. Boré Eveno, «1969 Vienna Convention, Article 31: General rule of interpretation», en Corten y Klein (eds.) (nota 399 *supra*), págs. 804 a 837, en especial pág. 825, párrs. 42 y 43; véase también G. Nolte (ed.), «Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings: third report for the ILC Study Group on treaties over time», en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 307 a 386, en especial pág. 375.

[445] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

[446] *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 58, párr. 25.

[447] Véase, por ejemplo, Alemania, Tribunal Fiscal Federal, BFHE, vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161; e ibíd., vol. 219, págs. 518 y ss., en especial págs. 527 y 528.

[448] Esta cuestión se analizará de manera más pormenorizada en una fase ulterior de la labor sobre el tema. Véase también Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, 1994, art. IX, párr. 2; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (CE – Trozos de pollo)*, WT/DS269/AB/R y Corr.1, WT/DS286/AB/R y Corr.1, adoptado el 27 de septiembre de 2005, párr. 273; informes del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II))*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos))*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 383 y 390.

[449] Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005, parte II, cap. H, párr. 23 (https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf) (con referencia a Jennings y Watts, véase la nota 439 *supra*, pág. 1268, párr. 630); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 34; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, pág. 153; Skubiszewski (nota 443 *supra*), pág. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, pág. 43; véase también Nolte, «Jurisprudence under special regimes…» (nota 403 *supra*), pág. 240, párr. 4.5.

8) Los tribunales y cortes nacionales han reconocido a veces de manera explícita que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, son medios de interpretación «auténticos»[450]. No obstante, no siempre ha habido uniformidad en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que esta determinación conlleva. Mientras que algunos tribunales y cortes han entendido que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado pueden tener ciertos efectos vinculantes[451], otros han subrayado con acierto que el artículo 31, párrafo 3, solamente afirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior «habrá[n] de tenerse en cuenta»[452].

9) La expresión «medios auténticos de interpretación» comprende un elemento fáctico y otro jurídico. El elemento fáctico se indica mediante la expresión «prueba objetiva», mientras que el elemento jurídico figura en el concepto de «acuerdo de las partes». Así pues, la Comisión calificó un «acuerdo ulterior» como «una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado»[453] y posteriormente declaró que la práctica ulterior «análogamente […] constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado»[454]. Dado el carácter de los tratados como encarnación de la voluntad común de las partes, la «prueba objetiva» del «acuerdo de las partes» tiene una autoridad considerable como medio de interpretación[455].

10) La distinción entre cualquier «acuerdo ulterior» (artículo 31, párrafo 3 *a*) y una «práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes» (artículo 31, párrafo 3 *b*) no denota una diferencia con respecto a su carácter auténtico[456]. La Comisión considera más bien que un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones» tiene *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, mientras que una «práctica ulterior» solo tiene ese efecto si pone de manifiesto «el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»[457]. Así pues, la diferencia entre un «acuerdo ulterior entre las partes» y una «práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes» reside en la forma de constatar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, consistiendo la diferencia en la mayor facilidad para constatar la existencia de un acuerdo[458].

11) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por los tribunales y cortes internacionales o los órganos de expertos creados en virtud de tratados en casos específicos. Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, son medios «auténticos» de interpretación porque son expresiones del sentido atribuido al tratado por los propios Estados partes. La autoridad de los tribunales y cortes internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados procede más bien de otras fuentes, la mayoría de las veces del tratado que se debe interpretar. No obstante, las resoluciones y demás pronunciamientos de los tribunales y cortes internacionales y de los órganos de expertos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación si reflejan tales acuerdos ulteriores y práctica ulterior de las propias partes, se refieren a ellos o los inspiran[459].

12) Los proyectos de conclusión 2 [1] y 4 distinguen entre la «práctica ulterior» por la que consta el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969, por un lado, y otra práctica ulterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas ellas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[460]. Esa «otra» práctica interpretativa ulterior por la cual no conste el acuerdo de todas las partes no puede constituir una interpretación «auténtica» de un tratado por todas sus partes y por tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación[461].

13) La última parte del proyecto de conclusión 3 [2] deja claro que la utilización de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación debe tener lugar en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

---

[450] Suiza, Tribunal Supremo Federal, *A v. B*, sentencia en apelación de 8 de abril de 2004 (véase la nota 432 *supra*), pág. 439 (donde el Tribunal indica que las partes son «dueñas del tratado» («*Herren der Verträge*»)); sentencia de 19 de septiembre de 2012, núm. 2C_743/2011, BGE, vol. 138 II, págs. 524 y ss., en especial págs. 527 y 528. Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 90, págs. 286 y ss., en especial pág. 362. Véase también India, Tribunal Supremo, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32, que puede consultarse en http://indiankanoon.org/doc/737188.

[451] Alemania, Tribunal Fiscal Federal, BFHE, vol. 215, págs. 237 y ss., en especial pág. 241; ibíd., vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161.

[452] Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación: *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)* [2005] 1 NZLR 690, párr. 130; Hong Kong (China), Tribunal Superior de Apelación: *Ng Ka Ling and Another v. Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354; Austria, Tribunal Administrativo Superior, VwGH, sentencia de 30 de marzo de 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

[453] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

[454] Ibíd., párr. 15.

[455] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 34, 414 y 415; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), págs. 152 y 153.

[456] Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (véase la nota 386 *supra*), párr. 69.

[457] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15; véase también W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1983, pág. 294.

[458] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1087, párr. 63; véase también, *infra*, el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente.

[459] Véase *infra* el proyecto de conclusión 12 [11]; véase también Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States…» (nota 444 *supra*), págs. 381 y ss., párr. 17.3.1.

[460] Véanse *infra*, en particular, los párrafos 23 a 37 del comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 3.

[461] Véase *infra* también el párrafo 35 del comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 3.

Conclusión 4. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por «acuerdo ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a*, se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por «práctica ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

3. Por otra «práctica ulterior» como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

Comentario

Aspectos generales

1) El proyecto de conclusión 4 define los tres diferentes medios «ulteriores» de interpretación de los tratados que se mencionan en el proyecto de conclusión 2 [1], párrafos 3 y 4, es decir, el «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, la «práctica ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, y la otra «práctica ulterior» en el sentido del artículo 32.

2) En los tres casos, el término «ulterior» se refiere a actos que tienen lugar «después de la celebración del tratado»[462]. Ese momento a menudo es anterior al momento en que el tratado entra en vigor (artículo 24). Varias disposiciones de la Convención de Viena de 1969 (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haberse «celebrado» antes de su entrada en vigor efectiva[463]. A los efectos del presente tema, se entiende por «celebración» cuando el texto del tratado ha quedado establecido como definitivo. Es después de la celebración de un tratado, y no justamente después de su entrada en vigor, cuando los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener lugar. Realmente es difícil determinar la razón de que un acuerdo o una práctica que tengan lugar entre el momento en que el texto de un tratado ha quedado establecido como definitivo y la entrada en vigor de ese tratado no deba ser pertinente a efectos de la interpretación[464].

3) El artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 dispone que el «contexto» del tratado comprende ciertos «acuerdos» e «instrumentos»[465] que han sido concertados o formulados «con motivo de la celebración del tratado». La expresión «con motivo de la celebración del tratado» debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se conciertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado[466]. Si se conciertan o formulan después de ese período, esos «acuerdos» e «instrumentos» convenidos constituyen «acuerdos ulteriores» o práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3[467].

Párrafo 1 – definición de «acuerdo ulterior» según el artículo 31, párrafo 3 a

4) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 4 enuncia la definición de «acuerdo ulterior» según el artículo 31, párrafo 3 *a*.

5) El artículo 31, párrafo 3 *a*, emplea el término «acuerdo ulterior» y no «tratado ulterior». No obstante, un «acuerdo ulterior» no es necesariamente menos formal que un «tratado». Aunque un tratado en el sentido de la Convención de Viena de 1969 ha de celebrarse por escrito (artículo 2, párrafo 1 *a*), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no conoce tal requisito[468]. El término «acuerdo» en la Convención de Viena de 1969[469] y en el derecho internacional consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado. El artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, que enuncia la norma general según la cual «[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes», ha sido explicado por la Comisión diciendo que «[e]l acuerdo por el que se enmiende un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan»[470]. De igual modo, la Convención de Viena no prevé ningún requisito

---

[462] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

[463] Véase el segundo informe sobre el derecho de los tratados de J. L. Brierly, Relator Especial, *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, págs. 70 y ss.; véase también el primer informe sobre el derecho de los tratados de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial, *Anuario… 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, págs. 103 y ss., en particular, pág. 111; véase asimismo S. Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Ámsterdam, North Holland, 2000, pág. 465 («en rigor, es la negociación la que se celebra mediante un tratado»); Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), págs. 78 a 80, párrs. 9 a 14.

[464] Véase, por ejemplo, la Declaración sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad, acordada por las partes contratantes del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 27 de septiembre de 2012.

[465] Véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 242 y 243, párr. 13; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha fallado que ese término puede incluir las declaraciones unilaterales si la otra parte no hace objeciones a ellas, véase Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE, vol. 40, págs. 141 y ss., en especial pág. 176. Véase, en general, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 240 a 242.

[466] Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 38; Jennings y Watts (eds.) (nota 439 *supra*), pág. 1274, párr. 632 («[…] pero, por otro lado, el hecho de que haya transcurrido un período demasiado largo entre el tratado y el otro acuerdo podría impedir que se considere que este ha sido concertado con motivo de la "celebración" del tratado»).

[467] Véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14; véase asimismo Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 431, párrs. 20 y 21; véase también K. J. Heller, «The uncertain legal status of the aggression understandings», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), págs. 229 a 248, en especial pág. 237.

[468] Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 80, párr. 15; P. Gautier, «Commentary on article 2 of the Vienna Convention», en Corten y Klein (eds.) (nota 399 *supra*), págs. 38 a 40, párrs. 14 a 18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 49 y 50; véase también A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4 (1986), págs. 787 a 812, en especial págs. 794 y ss.

[469] Véanse los artículos 2, párr. 1 *a*, 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

[470] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 255 (párrafo 4 del comentario al artículo 35); véase también Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 513, párr. 7; P. Sands, «Commentary on article 39 of the Vienna Convention», en Corten y Klein (eds.) (nota 399 *supra*), vol. II, págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

formal particular para los acuerdos y la práctica en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[471].

6) Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. De hecho, todo «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, solo «habrá de tenerse en cuenta» en la interpretación de un tratado. Así pues, no es necesariamente vinculante. La cuestión de en qué circunstancias un acuerdo ulterior entre las partes es vinculante y en qué circunstancias es simplemente un medio de interpretación entre varios otros se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9].

7) La Convención de Viena de 1969 distingue entre un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y «toda práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de los tribunales y cortes y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a afirmarla. En la causa relativa a la *Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/el Chad)*, la Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión «actitudes ulteriores» para calificar a lo que posteriormente denominó «acuerdos ulteriores», y «actitudes» unilaterales ulteriores[472]. En la causa relativa a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior[473]. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no siempre han distinguido tampoco entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[474].

8) No obstante, el Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte abordó de manera clara esa distinción en el asunto *C.C.F.T. c. los Estados Unidos*[475]. En esa ocasión, los Estados Unidos de América adujeron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada una de las tres partes en el Tratado podían constituir, si eran consideradas conjuntamente, un acuerdo ulterior[476]. En una primera etapa, el Panel no consideró que hubiera pruebas suficientes para determinar la existencia de un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*[477]. Sin embargo, en una segunda etapa, el Tribunal concluyó que los mismos elementos de prueba constituían una práctica ulterior pertinente por la que constaba el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

> La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿existe una «práctica ulteriormente seguida» por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*? El Tribunal considera que existe. Aunque para el Tribunal no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un «*acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones*», las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, no obstante, existe una «*práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado…*»[478].

9) Este razonamiento da a entender que una distinción entre un «acuerdo ulterior» y una «práctica ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3, radica en las diferentes formas que adopta la expresión «auténtica» de la voluntad de las partes. De hecho, al distinguir entre «todo acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y «toda práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969, la Comisión no tenía la intención de señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos[479]. La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que un «acuerdo ulterior entre las partes» produce *ipso facto* el efecto de

---

[471] El proyecto de artículo 27, párrafo 3 *b*, que se convirtió después en el artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, incluía en su versión inglesa el término *understanding*, que se sustituyó por *agreement* en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Esas enmiendas «se ref[erían] únicamente a su redacción»; véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), pág. 186; Fox (nota 444 *supra*), pág. 63.

[472] Véase *Territorial Dispute* (nota 400 *supra*), págs. 34 y ss., párrs. 66 y ss.

[473] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 400 *supra*), pág. 656, párr. 61; en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte habla de «posiciones ulteriores» para constatar que «los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes», *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 77, párr. 138; véase también *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, fallo (competencia y admisibilidad), *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28 («comportamiento ulterior»).

[474] Véase «Directrices para la Consignación en Listas» en el informe del Grupo Especial de la OMC *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 1 de junio de 2004, y el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R y Corr.1, adoptado el 20 de abril de 2005; para poder acogerse al «Entendimiento de 1981», véase el informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000; «Código SMC» de la Ronda de Tokio en el informe del Grupo Especial de la OMC, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, adoptado el 20 de marzo de 1997; y una «exención» en los informes del Órgano de Apelación de la OMC, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* (nota 448 *supra*).

[475] *C.C.F.T. v. United States*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, laudo sobre jurisdicción, 28 de enero de 2008; véase también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, caso CIADI núm. ARB/97/3, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 327 y ss., en particular pág. 334, o bien *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, núm. 1 (2002), págs. 168 y ss., en especial pág. 174, párr. 12; M. Fitzmaurice y P. Merkouris, «Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», en Fitzmaurice, Elias y Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation…* (nota 444 *supra*), págs. 217 a 233.

[476] *C.C.F.T. v. United States* (véase la nota 475 *supra*), párrs. 174 a 177.

[477] Ibíd., párrs. 184 a 187.

[478] Ibíd., párr. 188 y véase también párr. 189; en un sentido similar: *Aguas del Tunari SA c. la República de Bolivia* (Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Países Bajos-Bolivia), decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, caso CIADI núm. ARB/02/3, 21 de octubre de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 2 (2005), págs. 450 y ss., en especial págs. 528 y ss., párrs. 251 y ss. Por lo que respecta al texto del Acuerdo sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia, hecho en La Paz el 10 de marzo de 1992, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2239, núm. 39849, pág. 505.

[479] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

constituir un medio auténtico de interpretación del tratado, en tanto que una «práctica ulterior» únicamente produce ese efecto si sus diferentes elementos, tomados en conjunto, ponen de manifiesto «el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos»[480].

10) Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, se diferencian en razón de que pueda identificarse como tal un acuerdo de las partes, en un acto común, o de que sea necesario identificar la existencia de un acuerdo por medio de actos individuales que al combinarse demuestran una posición común. Por consiguiente, hay que «llegar» a un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y ello presupone un acto común único de las partes por el cual estas manifiestan su acuerdo común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones.

11) Por otra parte, la «práctica ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la identificación de un acuerdo, o *understanding*[481], de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible, no obstante, que «práctica» y «acuerdo» coincidan en determinados casos y no puedan distinguirse. Esto explica por qué la expresión «práctica ulterior» se utilice a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[482].

12) Un grupo de acuerdos ulteriores distintos, cada uno de ellos entre un número reducido de partes, pero por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes en un tratado acerca de la interpretación de este, no es normalmente «un» acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*. La expresión «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, debería circunscribirse, en aras de la claridad, a un solo acuerdo entre todas las partes. Los diferentes acuerdos posteriores entre un número limitado de partes por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado constituyen práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Esos diferentes acuerdos entre un número reducido de partes por los cuales, aun considerados conjuntamente, no conste el acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación del tratado pueden tener un valor interpretativo como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 (véase *infra*, en los párrafos 23 y 24). Así pues, el empleo de la expresión «acuerdo ulterior» se limita a los acuerdos entre todas las partes en un tratado que se manifiestan en un solo acuerdo, o en un acto común, cualquiera que sea su forma, que refleje el acuerdo entre todas las partes[483].

13) Un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, ha de ser un acuerdo «acerca de» la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. Por tanto, las partes deben tener el propósito, posiblemente entre otros objetivos, de aclarar el sentido de un tratado o la forma en que ha de aplicarse[484].

14) Si un acuerdo es un acuerdo «acerca de» la interpretación de un tratado o la aplicación de sus disposiciones a veces puede determinarse mediante alguna referencia que relacione el «acuerdo ulterior» con el tratado a que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado posterior. En la causa relativa a *Jan Mayen* entre Dinamarca y Noruega, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia parece haber aceptado que un «tratado ulterior» entre las partes «en la misma esfera» podría utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior. No obstante, en esa causa, la Corte rechazó recurrir al tratado ulterior con ese fin porque no se «refería» en modo alguno al tratado anterior[485]. En la causa *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos* entre Costa Rica y Nicaragua, el Magistrado *ad hoc* Guillaume se refirió a la práctica del turismo en el Río San Juan de conformidad con un memorando de entendimiento entre los dos Estados[486]. Ahora bien, no estaba claro si las partes tuvieron la intención de que ese memorando en particular sirviera de interpretación del tratado de fronteras examinado.

15) Un ejemplo de un enfoque más bien estricto es la decisión del Tribunal Superior de Apelación de Hong Kong (China) cuando tuvo que interpretar la Declaración Conjunta Sino-Británica en el asunto *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration*[487], en el que una de las partes sostenía que el Grupo Conjunto de Enlace Sino-Británico, integrado por representantes de China y del Reino Unido de conformidad con el artículo 5 de la Declaración Conjunta, había llegado a un acuerdo acerca de la interpretación de la Declaración Conjunta. Como prueba, la parte hizo referencia a un folleto en el que se afirmaba que se había elaborado «tomando como base la normativa y las prácticas en materia de inmigración existentes y el planteamiento común de los representantes británicos y chinos del [Grupo Conjunto de Enlace]». No obstante, el Tribunal no consideró que el propósito del folleto fuera «interpretar o aplicar» la Declaración Conjunta en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*[488].

---

[480] Ibíd.; véase también Karl (nota 457 *supra*), pág. 294.

[481] El término *understanding* fue utilizado por la Comisión en la versión inglesa del correspondiente proyecto de artículo 27, párr. 3 *b*, sobre el derecho de los tratados (véase la nota 471 *supra*).

[482] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, medidas provisionales, providencia de 13 de julio de 2006, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 113 y ss., en especial págs. 127 y 128, párr. 53: en este caso, incluso un acuerdo verbal ulterior explícito fue calificado por una de las partes como «práctica ulterior».

[483] Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012, párr. 371. Un acto común puede consistir en un intercambio de cartas.

[484] Ibíd., párrs. 366 a 378, en especial párr. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), págs. 164 y ss.

[485] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 51, párr. 28.

[486] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 298 y 299, párr. 16.

[487] Véase *Ng Ka Ling and Another v. Director of Immigration* (nota 452 *supra*). Respecto al texto de la Declaración Conjunta del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Popular China sobre la Cuestión de Hong Kong, firmada en Beijing el 19 de diciembre de 1984, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1399, núm. 23391, pág. 33.

[488] *Ng Ka Ling and Another v. Director of Immigration* (nota 452 *supra*), párrs. 150, 152 y 153.

Párrafo 2 – definición de la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b

16) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 no tiene por objeto proporcionar una definición general de cualquier forma de práctica ulterior que pueda ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. El párrafo 2 concierne únicamente a la práctica ulteriormente seguida como medio auténtico de interpretación por el cual consta el acuerdo de todas las partes en el tratado, como se enuncia en el artículo 31, párrafo 3 *b*. Esa práctica ulterior (en sentido estricto) se distingue de otra «práctica ulterior» (en sentido amplio) de una o varias partes por la cual no consta el acuerdo de las partes pero que, no obstante, puede ser pertinente como medio de interpretación complementario con arreglo al artículo 32 de la Convención de Viena de 1969[489].

17) La práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede consistir en cualquier «comportamiento». El término «comportamiento» se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[490]. Puede comprender, pues, no solo los actos, sino también las omisiones, incluido el silencio pertinente, que contribuyen a establecer el acuerdo[491]. La cuestión de las circunstancias en que las omisiones, o el silencio, pueden contribuir a un acuerdo entre todas las partes en cuanto a la interpretación del tratado se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9], párrafo 2.

18) La práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ha de ser un comportamiento observado «en la aplicación del tratado». Ello comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, las declaraciones hechas en el transcurso de una controversia legal o las sentencias de los tribunales y cortes nacionales; las comunicaciones oficiales a que dé lugar el tratado; o bien la promulgación de disposiciones legislativas internas o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación a nivel interno o internacional.

19) Cabe recordar que, en un caso, un Panel del Tratado de Libre Comercio de América del Norte negó que la legislación interna pudiera utilizarse como ayuda interpretativa:

> Finalmente, a la luz del hecho de que ambas Partes se han referido a su legislación nacional sobre transporte terrestre, el Panel considera conveniente referirse al artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Esta disposición instruye al Panel para no examinar las leyes nacionales, sino la legislación internacional aplicable. Por tanto, no deben utilizarse en la interpretación del TLCAN la legislación de Estados Unidos ni la legislación de México. Si se hiciera, se aplicaría un marco legal inadecuado[492].

Aunque el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 es ciertamente válido e importante, de esa norma no se infiere que la legislación nacional no pueda tenerse en cuenta como un elemento de la práctica ulteriormente seguida por un Estado en la aplicación del tratado. Hay una diferencia entre invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado y remitirse al derecho interno a los efectos de la interpretación de una disposición de derecho convencional. Así lo han reconocido los órganos jurisdiccionales internacionales, en particular el Órgano de Apelación de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que distinguen frecuentemente entre las disposiciones legislativas nacionales (y otras medidas de aplicación adoptadas en el ámbito interno) que vulneran las obligaciones dimanantes de un tratado y las disposiciones legislativas y otras medidas adoptadas en el ámbito nacional que pueden servir para interpretar el tratado[493]. Conviene señalar, no obstante, que hay un elemento de buena fe implícito en «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado». Una mala aplicación manifiesta del tratado, a diferencia de una aplicación de buena fe (aunque sea errónea), no es, por tanto, una «aplicación del tratado» en el sentido de los artículos 31 y 32.

20) El requisito de que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado en virtud del artículo 31,

---

[489] En cuanto a la distinción entre ambas formas de práctica ulterior, véase, *infra*, párrs. 23 y 24 del presente comentario.

[490] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 35 y 36, párrs. 2 a 4 del comentario.

[491] Véase el tercer informe sobre el derecho de los tratados de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 60, párrs. 32 y 33; véase también *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (fondo), fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en particular pág. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, decisión de 18 de febrero de 1977, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI (núm. de venta: E/F.95.V.2), págs. 53 a 264, en especial págs. 185 a 187, párrs. 168 y 169.

[492] Informe final del Panel Arbitral establecido a tenor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, núm. EUA-MEX-98-2008-01, *Servicios de transporte transfronterizo (México c. los Estados Unidos de América)*, aprobado el 6 de febrero de 2001, párr. 224 [se omiten las notas].

[493] Por ejemplo, informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000, párr. 6.55; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero* (*Estados Unidos – Continuación de la reducción a cero*), WT/DS350/R, adoptado el 19 de febrero de 2009 (modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS350/AB/R), párr. 7.173; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina [Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, hecho en Washington D.C. el 14 de noviembre de 1991, puede consultarse en http://investmentpolicyhub.unctad.org, *International Investment Agreements*]), decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso CIADI núm. ARB/01/8, *ICSID Reports*, vol. 7, pág. 492, párr. 47; *V v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24888/94, 16 de diciembre de 1999, ECHR 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* [GC], demanda núm. 8917/05, 3 de diciembre de 2009, ECHR 2009-VI, párr. 54; *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, demanda núm. 16130/90, 30 de junio de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 264, párr. 35.

párrafo 3 *b*, haya de ser «acerca de la interpretación del tratado» tiene el mismo sentido que el requisito análogo en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* (véanse los párrafos 13 y 14 *supra*). A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que específica e intencionadamente se refiere a un tratado, es decir, que es una práctica «acerca de la interpretación del tratado», y otra práctica «en la aplicación del tratado». Ahora bien, esa distinción es importante porque solo el comportamiento observado por las partes «acerca de la interpretación del tratado» puede contribuir a una interpretación auténtica, mientras que ese requisito no existe para otra práctica ulterior en virtud del artículo 32.

21) La cuestión de las circunstancias en que «consta» realmente un «acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» se aborda en el proyecto de conclusión 10 [9].

22) El artículo 31, párrafo 3 *b*, no requiere explícitamente que la práctica deba ser un comportamiento de las propias partes en el tratado. No obstante, son las partes mismas, actuando por medio de sus órganos[494], o en virtud de un comportamiento que sea atribuible a ellos, quienes llevan a cabo la práctica en la aplicación del tratado por la que puede constar su acuerdo. La cuestión de si otros actores pueden generar una práctica ulterior pertinente se examina en el proyecto de conclusión 5[495].

Párrafo 3 – «otra» práctica ulterior

23) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 versa sobre «otra» práctica ulterior, es decir, una práctica distinta de la mencionada en el artículo 31, párrafo 3 *b*. Este párrafo se refiere a la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32», como dice el párrafo 4 del proyecto de conclusión 2 [1]. Esta forma de práctica ulterior, que no requiere el acuerdo de todas las partes, se mencionó originariamente en el comentario de la Comisión de la manera siguiente:

> Pero, en general, la práctica seguida por una sola parte o por algunas partes en el tratado como elemento de interpretación es cosa muy distinta de la práctica concorde seguida por todas las partes y que expresa su común acuerdo en cuanto al sentido del tratado. Esta práctica es prueba del acuerdo de las partes sobre la interpretación del tratado y es análoga a un acuerdo sobre interpretación. Por esta razón, la Comisión opinó que la práctica posterior, que establece el acuerdo común de todas las partes respecto de la interpretación del tratado, debe figurar en el párrafo 3 [del proyecto de disposición que se convirtió en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969] como auténtico medio de interpretación, lo mismo que los acuerdos sobre interpretación. En cambio, la práctica de cada Estado en la aplicación de un tratado puede tenerse en cuenta únicamente como «otro» de los medios de interpretación mencionados en el artículo 70[496].

24) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, a diferencia del artículo 31, párrafo 3 *b*, no enuncia el requisito de que la práctica pertinente sea «acerca de la interpretación del tratado». Por tanto, a los efectos del tercer párrafo, toda práctica seguida en la aplicación del tratado que pueda proporcionar indicaciones acerca de cómo debe interpretarse el tratado puede constituir un medio de interpretación complementario pertinente en virtud del artículo 32.

25) Esta «otra» práctica ulterior, desde la aprobación de la Convención de Viena de 1969, ha sido reconocida y aplicada por los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación (véanse los párrafos 26 a 34 *infra*). Hay que señalar, no obstante, que el Órgano de Apelación de la OMC, en *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*[497], ha formulado una definición de práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado que parece dar a entender que solo la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado, y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o varias partes:

> […] la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie «concordante, común y coherente» de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[498].

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, y en última instancia incluso la del propio Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (véanse los párrafos 33 y 34 *infra*), demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969 no es la única forma de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de un tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado.

26) En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia estimó que el informe técnico de un experto que había sido encargado por una de las partes y que «había conservado siempre un carácter interno»[499], aunque no representaba una práctica ulterior por la que constaba el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, podía «no obstante respaldar las conclusiones» a que había llegado la Corte por otros medios de interpretación[500].

27) Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en sentido amplio[501]. Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios pueden adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y están legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el Tribunal

---

[494] Karl (nota 457 *supra*), págs. 115 y ss.

[495] Véase el proyecto de conclusión 5, párr. 2.

[496] *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 198, párr. 13; véase también *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

[497] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón –Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 403 *supra*), e informe del Grupo Especial de la OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996.

[498] Ibíd. (informe del Órgano de Apelación de la OMC), secc. E, pág. 16.

[499] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1078, párr. 55.

[500] Ibíd., pág. 1096, párr. 80.

[501] Véase O. K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis», *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2 (2008), págs. 301 y ss., en especial pág. 345.

que conoció del asunto *CMS Gas c. República Argentina* estimó que:

> La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. […] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada […], entre otros ejemplos, demuestra una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales[502].

28) En el asunto *Loizidou c. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que su interpretación resultaba «confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes»[503], esto es, por «la prueba de una práctica que denota un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 […] del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] no permiten restricciones territoriales o sustantivas»[504]. Más a menudo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en la práctica, no necesariamente uniforme, ulteriormente seguida por los Estados al remitirse a la legislación nacional y a la práctica administrativa interna como medios de interpretación. En el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que «[e]n cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con las autoridades»[505] y que «[l]as excepciones existentes pueden justificarse únicamente por circunstancias particulares»[506].

29) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, tampoco ha limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento con resultado de muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era «útil proporcionar algunos ejemplos de este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte»[507].

30) El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior en un sentido amplio cuando se trata de examinar la justificación de injerencias en los derechos establecidos en el Pacto[508]. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párrafo 3, del Pacto (restricciones lícitas a la libertad de expresión), el Comité observó que «se aplican restricciones análogas en muchos países»[509] y concluyó que el objetivo perseguido por la ley impugnada no excedía, como tal, de los objetivos legítimos del artículo 19, párrafo 3, del Pacto[510].

31) El TIDM se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si por esa práctica constaba realmente el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. En el asunto del buque *SAIGA (núm. 2)*[511], por ejemplo, el Tribunal examinó la práctica de los Estados en relación con el uso de la fuerza para detener un buque con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[512]. Tomando como base la «práctica normalmente seguida para detener un buque», el Tribunal no especificó la práctica respectiva de los Estados, sino que dio por sentado que existían ciertas normas generales[513].

32) En la sentencia dictada en la causa *Jelisić*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló, remitiéndose a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que:

> […] la Sala de Primera Instancia […] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. […] La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Rwanda […] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales[514].

33) Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han distinguido a veces entre la «práctica ulterior» que se ajusta a las condiciones del artículo 31, párrafo 3 *b*, y otras formas de práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de*

---

[502] *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (véase la nota 493 *supra*), párr. 47.

[503] *Loizidou v. Turkey* (véase la nota 417 *supra*), párr. 79.

[504] Ibíd., párr. 80; es de destacar que el Tribunal describió «esa práctica de los Estados» como «uniforme y coherente» pese al hecho de que había reconocido que ambos Estados constituían probablemente excepciones a la regla (Chipre y el Reino Unido; «cualquiera que sea su sentido»), párrs. 80 y 82.

[505] *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (véase la nota 404 *supra*), párr. 52.

[506] Ibíd., párr. 151; análogamente en *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01, 12 de julio de 2007, ECHR 2007-III, párr. 69.

[507] *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* (véase la nota 405 *supra*), voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 12.

[508] *Jong-Cheol c. la República de Corea*, dictamen, 27 de julio de 2005, comunicación núm. 968/2001, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/60/40), vol. II, anexo V, G.

[509] Ibíd., párr. 8.3.

[510] Ibíd.; véase también *Yoon y Choi c. la República de Corea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones núms. 1321/2004 y 1322/2004, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/62/40), vol. II, anexo VII, V, párr. 8.4.

[511] *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, págs. 10 y ss., en especial págs. 61 y 62, párrs. 155 y 156.

[512] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 293.

[513] *M/V "SAIGA" (No. 2)* (véase la nota 511 *supra*), párrs. 155 y 156; véase también *"Tomimaru" (Japan v. Russian Federation)*, sentencia (pronta liberación), *ITLOS Reports 2005-2007*, págs. 74 y ss., en particular párr. 72; *Southern Bluefin Tuna* (nota 417 *supra*), en especial párrs. 45 y 50.

[514] *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 14 de diciembre de 1999, IT9510T, párr. 61 [se omiten las notas]; análogamente *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 541.

Autor de los Estados Unidos[515] (no se interpuso apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la «doctrina de las pequeñas excepciones» relativa a los pagos por concepto de regalías[516]. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y señaló:

> […] recordamos que en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación: *a*) todo acuerdo ulterior, *b*) toda práctica ulteriormente seguida, o *c*) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones.[517]

Además, el Grupo Especial agregó en una nota de pie de página la advertencia siguiente:

> Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una «práctica seguida ulteriormente» en el sentido del apartado *b* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena[518].

34) En el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, el Órgano de Apelación de la OMC reprochó al Grupo Especial que no hubiera tenido en cuenta ciertas decisiones adoptadas por el Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) como práctica ulterior pertinente:

> Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones […]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX[519].

Así, si se examina más detenidamente, los órganos de solución de diferencias de la OMC reconocen también la distinción entre «práctica ulteriormente seguida» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, y un concepto más amplio de práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado[520].

35) Ahora bien, al acudir a la práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en un tratado, pero no todas, como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32, hay que tener siempre presente el hecho de que «la opinión de un solo Estado no es fuente de derecho internacional»[521]. En cualquier caso, la distinción entre la práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en el sentido del artículo 32 implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera. Los tribunales nacionales a veces no han distinguido claramente entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, y otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32[522].

36) La distinción entre la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, y la práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también contribuye a dar una respuesta a la cuestión de si la práctica ulterior exige una acción repetida con alguna frecuencia[523] o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez[524]. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha estimado lo siguiente:

> Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida, sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes[525].

No obstante, si el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación de los tratados se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de «práctica ulterior» en sentido amplio (a tenor del artículo 32)[526].

37) Así pues, la «práctica ulterior» en sentido amplio (a tenor del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes. Puede adoptar diversas formas[527].

---

[515] Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (véase la nota 493 *supra*).

[516] Véase el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), art. 9, párr. 1.

[517] Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (véase la nota 493 *supra*), párr. 6.55 [se omiten las notas].

[518] Ibíd., nota 68.

[519] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático* (véase la nota 417 *supra*), párr. 90; véase también I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 342.

[520] Véanse también los informes del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – EPO* (nota 417 *supra*), párr. 452.

[521] *Sempra Energy International c. la República Argentina*, laudo, 28 de septiembre de 2007, caso CIADI núm. ARB/02/16, párr. 385; véase asimismo *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. la República Argentina*, laudo, 22 de mayo de 2007, caso CIADI núm. ARB/01/3, párr. 337; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (nota 439 *supra*), nota 2420, párr. 7.953.

[522] Véase, por ejemplo: Reino Unido, Cámara de los Lores, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* (nota 432 *supra*), párrs. 54, 55 y 66 a 85 (Lord Mance); Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, párr. 38; Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (nota 432 *supra*), párr. 47 (Lord Steyn); Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, párr. 80 (Lord Hope); Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación, *Attorney-General v. Zaoui and Others, (No. 2)* (nota 452 *supra*), párr. 130 (Magistrada Glazebrook); Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, párr. 61 (Magistrada Glazebrook); Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerfwGE, vol. 104, págs. 254 y ss., en especial págs. 256 y 257; y sentencia de 29 de noviembre de 1988, 1 C 75/86 [1988], *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, págs. 765 y ss., en especial pág. 766.

[523] Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 431, párr. 22.

[524] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), pág. 166.

[525] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 403 *supra*), secc. E, pág. 16 [se omiten las notas].

[526] R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 506 y 507.

[527] Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed., Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2013, pág. 239.

Ese «comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado», puede consistir, en particular, en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que es atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. Tal comportamiento puede comprender declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su no ejecución o una aceptación tácita de declaraciones o actos de otras partes[528].

Conclusión 5. Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 aborda la cuestión de los posibles autores de la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. La expresión «en el sentido de los artículos 31 y 32» deja claro que este proyecto de conclusión se aplica a la práctica ulterior no solo como medio auténtico de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, sino también como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 define afirmativamente los comportamientos en la aplicación del tratado que pueden constituir la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32, mientras que el párrafo 2 enuncia negativamente los comportamientos que no la constituyen pero que pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Párrafo 1 – comportamiento que constituye práctica ulterior

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5, la expresión «cualquier comportamiento […] que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional» se inspira en el artículo 2 *a* de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[529]. Así, la expresión «cualquier comportamiento» abarca tanto acciones como omisiones y no se limita al comportamiento de los órganos estatales, sino que comprende también los comportamientos atribuibles de otra manera, en virtud del derecho internacional, a una parte en un tratado. No obstante, la referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no llega hasta exigir que el comportamiento en cuestión sea «internacionalmente ilícito» (véase el párrafo 8 *infra*).

3) La Corte Internacional de Justicia ha señalado un ejemplo de comportamiento pertinente que no resulta directamente del comportamiento de las partes, pero constituye no obstante un ejemplo de práctica estatal, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*. En esta causa, la Corte consideró que el uso habitual de una isla en la frontera entre Namibia (antigua África Sudoccidental) y Botswana (antigua Bechuanalandia) por los miembros de una tribu local, los masubia, podía considerarse una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, si:

> […] estaba vinculado a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe; y, en segundo lugar, si las autoridades de Bechuanalandia eran plenamente conscientes de ello y lo aceptaban como confirmación del límite fronterizo establecido en el Tratado[530].

4) Pese a la referencia a cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado, del párrafo 1 no se infiere que tal comportamiento constituya necesariamente, en un caso determinado, una práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado. El uso de la expresión «puede consistir» tiene por objeto reflejar ese punto. Esta aclaración reviste especial importancia en relación con el comportamiento de los órganos estatales que pueden contradecir una posición expresada oficialmente por el Estado con respecto a un asunto determinado y contribuir así a que el comportamiento del Estado sea equívoco.

5) La Comisión debatió acerca de si el proyecto de conclusión 5 debía abordar específicamente la cuestión de las condiciones en que el comportamiento de los órganos estatales de rango inferior sería una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. A este respecto, varios miembros de la Comisión se refirieron a la dificultad de establecer una distinción entre órganos estatales de rango inferior y de rango superior, en especial teniendo en cuenta las diferencias significativas en la organización interna del Gobierno de los Estados. También se señaló que el criterio pertinente no era tanto la posición del órgano en la jerarquía del Estado como su función real en la interpretación y aplicación de un tratado concreto. Dada la complejidad y diversidad de los supuestos posibles, la Comisión llegó a la conclusión de que esta cuestión no debía abordarse en el texto mismo del proyecto de conclusión 5, sino en el comentario.

6) La práctica ulterior de los Estados en la aplicación de un tratado puede indudablemente ser obra de los altos representantes del Estado mencionados en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, como la mayoría de los tratados generalmente no son aplicados por esos altos representantes, los tribunales y cortes internacionales han reconocido que el comportamiento de los funcionarios del Estado de rango inferior también puede, en determinadas circunstancias, constituir una práctica

[528] Karl (nota 457 *supra*), págs. 114 y ss.

[529] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 35 y 36, párrafo 4 del comentario; la cuestión de la atribución a una organización internacional de un comportamiento ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados se aborda en el proyecto de conclusión 12 [11] *infra*.

[530] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1094, párr. 74. Respecto al Tratado entre Gran Bretaña y Alemania, firmado en Berlín el 1 de julio de 1890, véase *British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, pág. 35.

ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. Así, en la causa relativa a *Los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el artículo 95 del Acta General de la Conferencia de Algeciras (1906) tenía que interpretarse de manera flexible, habida cuenta de que la práctica de las autoridades aduaneras locales no era siempre coherente[531]. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales confirma que la práctica ulterior pertinente puede emanar de los funcionarios de rango inferior. En la decisión sobre el caso de la *Deuda externa alemana*, el Tribunal de Arbitraje consideró una carta del Banco de Inglaterra dirigida a la Administración de la Deuda Federal Alemana como práctica ulterior pertinente[532]. Además, en el caso *Régimen fiscal de las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO que residen en Francia*, el Tribunal de Arbitraje aceptó, en principio, la práctica de la administración tributaria francesa de no gravar las pensiones de los trabajadores jubilados de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) como práctica ulterior pertinente. No obstante, el Tribunal de Arbitraje consideró decisiva finalmente la posición oficial contraria expresada por una autoridad superior, a saber, el Gobierno francés[533].

7) Así pues, parece que la práctica de los funcionarios de rango inferior y locales puede constituir práctica ulterior «en la aplicación de un tratado» si esa práctica es suficientemente inequívoca y si cabe prever que el Gobierno está al corriente de ella y no la ha contradicho en un plazo razonable[534].

8) La Comisión no consideró necesario limitar el alcance del comportamiento pertinente añadiendo las palabras «a los efectos de interpretación del tratado»[535]. El Relator Especial había propuesto que se hiciera con el fin de excluir del alcance de la expresión «práctica ulterior» el comportamiento que puede ser atribuible a un Estado pero que no tiene por objeto expresar la posición pertinente de un Estado acerca de la interpretación de un tratado[536]. No obstante, la Comisión consideró que el requisito de que cualquier comportamiento pertinente ha de ser «en la aplicación de un tratado» limita suficientemente el alcance del comportamiento que pueda ser pertinente. Como el concepto de «aplicación del tratado» requiere que el comportamiento sea de buena fe, una mala aplicación manifiesta de un tratado queda fuera de ese ámbito[537].

Párrafo 2 – comportamiento que no constituye práctica ulterior

9) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 consta de dos oraciones. En la primera se indica que todo comportamiento que no sea el previsto en el párrafo 1, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 y 32. La expresión «todo otro comportamiento» se introdujo para establecer claramente la distinción entre el comportamiento contemplado en el párrafo 2 y el contemplado en el párrafo 1. Asimismo, la Comisión consideró que el comportamiento no previsto por el párrafo 1 puede ser pertinente al «evaluar» la práctica ulterior de las partes en un tratado.

10) «La práctica ulterior en la aplicación de un tratado» provendrá de quienes han de aplicar el tratado, que en general son los propios Estados partes. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos formuló la regla general como sigue:

> Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
>
> Si bien uno de los participantes en las negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo, a saber, el Banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en las Declaraciones de Argel, los otros participantes en las negociaciones sobre el acuerdo y en los acuerdos reales, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en su calidad de otra parte en las Declaraciones de Argel.[538]

11) La primera oración del segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 pretende reflejar esa regla general. En ella se hace hincapié en la función primordial de los Estados

[531] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 211.

[532] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other* (véase la nota 411 *supra*), págs. 103 y 104, párr. 31.

[533] *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión, 14 de enero de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 231 a 266, en especial pág. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

[534] Véase Chanaki (nota 444 *supra*), págs. 323 a 328; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 269 y 270; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004*, vol. 310, págs. 9 a 428, en especial págs. 142 a 144; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

[535] Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), párr. 144 (proyecto de conclusión 4, párr. 1).

[536] Ibíd., párr. 120.

[537] Véase el párrafo 19 del comentario del proyecto de conclusión 4 *supra*.

[538] Véase Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *United States of America and others v. Islamic Republic of Iran and others*, laudo núm. 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), págs. 57 y ss., en especial pág. 71; análogamente, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 83-B1-FT (reconvención), *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, ibíd., vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 124 y 125, párrs. 127 y 128; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo cautelar núm. ITL 37-111-FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, ibíd., vol. 5 (1984), pág. 338, voto particular disconforme del Presidente Lagergren, págs. 348 y ss., en especial pág. 353: «[…] la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores se refiere a los acuerdos entre los Estados partes en un tratado, y un acuerdo de conciliación entre dos partes sometidas a un proceso de arbitraje difícilmente puede considerarse equivalente a un acuerdo entre dos Estados partes en un tratado, aunque la República Islámica del Irán fuera una de las partes en el proceso de arbitraje». Para consultar las Declaraciones de Argel (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria and Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran), véase *International Legal Materials*, vol. 20, núm. 1 (1981), págs. 224 y 230 (respectivamente), en especial págs. 232 y 233.

partes en un tratado, que son los dueños del tratado y, en última instancia, los responsables de su aplicación. Ello no excluye que el comportamiento de actores no estatales también pueda constituir una forma de aplicación del tratado si puede ser atribuido a un Estado parte[539].

12) El «otro comportamiento», en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, puede ser el de diferentes actores. En particular, ese comportamiento puede consistir en una práctica de las partes que no sea «en la aplicación del tratado», o bien en declaraciones de un Estado que no sea parte en el tratado acerca de su interpretación[540], en el pronunciamiento de un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado o de un órgano de arreglo de controversias en relación con la interpretación del tratado en cuestión[541], en actos de órganos técnicos encargados por una conferencia de Estados partes de prestar asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado o en diversas formas de comportamiento o declaraciones de actores no estatales.

13) La expresión «al evaluar la práctica ulterior» que figura en la segunda oración del párrafo 2 debe entenderse en un sentido amplio que abarque tanto la determinación de la existencia de una práctica ulterior como la determinación de su relevancia jurídica. Las declaraciones o el comportamiento de otros actores, como las organizaciones internacionales o los actores no estatales, pueden reflejar, o iniciar, una práctica ulterior pertinente de las partes en un tratado[542]. No obstante, ese reflejo o inicio de una práctica ulterior de las partes por el comportamiento de otros actores no debe asimilarse a la práctica de las propias partes en el tratado, incluida la que les puede ser atribuida. Las actividades de actores que no son Estados partes, de por sí, solo pueden contribuir a evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

14) Las decisiones, resoluciones y otra práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes, por su propia naturaleza, para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 *j* de la Convención de Viena de 1986, que menciona la «práctica establecida» de la organización como una forma de las «reglas de la organización»[543]. El proyecto de conclusión 5 solo se refiere a la cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa de una práctica pertinente de los Estados partes en un tratado.

15) Los informes de las organizaciones internacionales de carácter universal, que se preparan con arreglo al mandato de informar acerca de la práctica de los Estados en un ámbito determinado, pueden gozar de considerable autoridad en la evaluación de dicha práctica. Por ejemplo, el *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), es una obra importante que refleja la práctica de los Estados y, por tanto, proporciona orientaciones al respecto[544]. Lo mismo cabe decir de la denominada Matriz del Comité 1540, que es una compilación sistemática del Comité del Consejo de Seguridad, establecido en virtud de la resolución 1540 (2004), de las medidas de aplicación adoptadas por los Estados Miembros[545]. En la medida en que la Matriz se refiere a la aplicación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, de 1972, y de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993, constituye una prueba de la práctica ulterior de los Estados partes en esos tratados y una evaluación de esa práctica[546].

16) Otros actores no estatales también pueden desempeñar una función importante en la evaluación de la práctica ulterior de las partes en la aplicación de un tratado. Un ejemplo pertinente es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)[547]. Además de cumplir el mandato general que le ha sido conferido por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Estatutos del Movimiento Internacional de la

[539] Véase, por ejemplo, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo núm. 108A-16/582/591FT (nota 538 *supra*), voto particular disconforme del Magistrado Parviz Ansari, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), págs. 97 y ss., en especial pág. 99.

[540] Véase, por ejemplo, «Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights», 22 de diciembre de 2008, pág. 1, párr. 3 (puede consultarse en https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138852.pdf). En la medida en que la declaración de los Estados Unidos se refiere a la interpretación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que los Estados Unidos no son parte ni Estado contratante, esa declaración constituye «otro comportamiento», en virtud del proyecto de conclusión 5, párr. 2.

[541] Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», *Report of the Seventy-first Conference*, Berlín, 16 a 21 de agosto de 2004, pág. 621, párrs. 21 y ss.

[542] Véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), en especial pág. 270.

[543] Ese aspecto de la práctica ulterior en relación con un tratado se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

[544] Véase ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (reed., diciembre de 2011), HCR/1P/4/Spa/Rev.3 (www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50c1a04a2), Prólogo; la opinión de que el Manual del ACNUR expresa la práctica de los Estados ha sido rechazada con acierto por el Tribunal Federal de Australia en *Semunigus v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), sentencia, 14 de abril de 1999, párrs. 5 a 13; no obstante, el Manual tiene una considerable fuerza probatoria como declaración fidedigna de la práctica ulterior de los Estados. Su autoridad se basa en el artículo 35, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, según el cual «[l]os Estados Contratantes se comprometen a cooperar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas […] en el ejercicio de sus funciones, y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención».

[545] Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, de 28 de abril de 2004, párr. 8 *c*; según la página web del Comité 1540, «la [M]atriz 1540 ha funcionado como el principal método utilizado por el Comité 1540 para organizar la información sobre la aplicación de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad por los Estados Miembros» (www.un.org/es/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml).

[546] Véase, en términos generales, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 270.

[547] H.-P. Gasser, «International Committee of the Red Cross (ICRC)», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/EPIL), párr. 20.

Cruz Roja y de la Media Luna Roja[548], el CICR proporciona ocasionalmente orientaciones interpretativas sobre los Convenios de Ginebra de 1949[549] y los Protocolos Adicionales[550] en razón de un mandato dimanante de los Estatutos del Movimiento[551]. El artículo 5, párrafo 2 *g*, de los Estatutos dispone:

> De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular: […] *g*) trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo;

En el marco de ese mandato, el CICR, por ejemplo, publicó en 2009 una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*[552]. La Guía es el resultado de «una ronda de expertos» que se basa en el análisis de la práctica convencional y consuetudinaria de los Estados y «[expresa] la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el [derecho internacional humanitario] vigente»[553]. No obstante, en este contexto es importante señalar que los Estados han reafirmado su función primordial en el desarrollo del derecho internacional humanitario. La resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2011) recuerda «los importantes cometidos» del CICR, al tiempo que «*pon[e] énfasis* en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho internacional humanitario»[554].

17) Otro ejemplo de comportamiento de actores no estatales que puede ser pertinente para evaluar la práctica ulterior de los Estados partes es *The Monitor*, una iniciativa conjunta de la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Terrestres y la Coalición contra las Municiones en Racimo. *The Monitor* actúa como un mecanismo de vigilancia *de facto*[555] de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción de 1997 (Convención de Ottawa) y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008 (Convención de Dublín). *The Monitor* recoge las declaraciones y prácticas pertinentes de los Estados partes y los signatarios, y señala, entre otras cosas, los problemas interpretativos relacionados con la Convención de Dublín[556].

18) Los ejemplos del CICR y *The Monitor* ponen de manifiesto que los actores no estatales pueden proporcionar valiosos elementos de prueba de la práctica ulterior de las partes, contribuir a la evaluación de esos elementos de prueba e incluso solicitar la aparición de esa práctica. No obstante, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los que persiguen los Estados partes. Por tanto, sus evaluaciones deben ser examinadas de manera crítica.

19) La Comisión también consideró si el texto del proyecto de conclusión 5 debía mencionar la «práctica social» como ejemplo de «otro comportamiento […] [que] puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado»[557]. Teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por varios miembros sobre el significado y la pertinencia de esa noción, la Comisión consideró preferible abordar la cuestión de la posible pertinencia de la «práctica social» en el comentario.

20) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en algunas ocasiones que el «aumento de la aceptación social»[558] y «los cambios sociales importantes»[559] son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. No obstante, la invocación de los «cambios sociales» o la «aceptación social» por el Tribunal sigue estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados[560]. En particular, así ocurre en asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido*[561] y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*[562]. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal entendió que había «una mayor tolerancia de la conducta homosexual» señalando que «en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar este tipo de prácticas homosexuales en sí como una cuestión a la que deban aplicarse las sanciones del derecho penal» y que, por tanto, no podía «pasar por alto los cambios notables que se habían producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros»[563]. Asimismo, el Tribunal señaló que «en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años las autoridades se habían abstenido de hacer cumplir la ley»[564]. En el asunto *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal concedió importancia a la existencia de «pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional

---

[548] Ibíd., párr. 25.

[549] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra; y Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

[550] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II).

[551] Aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en 1986 y modificados en 1995 y 2006. Pueden consultarse en www.icrc.org/spa/assets/files/other/statutes-es-a5.pdf.

[552] Ginebra, 2009 (versión española publicada en 2010), pág. 10. Puede consultarse en www.icrc.org.

[553] Ibíd., pág. 9.

[554] Resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados, 1 de diciembre de 2011.

[555] Véase www.the-monitor.org.

[556] Véase, por ejemplo, *Cluster Munition Monitor 2011*, págs. 24 a 31.

[557] Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660) (nota 386 *supra*), párrs. 129 y ss.

[558] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 28957/95, 11 de julio de 2002, ECHR 2002-VI, párr. 85.

[559] Ibíd., párr. 100.

[560] Véase también *I. v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25680/94, 11 de julio de 2002, párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, demanda núm. 13378/05, 12 de diciembre de 2006, párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (decisión), demanda núm. 45851/99, 27 de abril de 2000, párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, demanda núm. 30141/04, 24 de junio de 2010, ECHR 2010, párr. 58.

[561] *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7525/76, 22 de octubre de 1981, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 45, en particular párr. 60.

[562] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 558 *supra*), en particular párr. 85.

[563] *Dudgeon v. the United Kingdom* (véase la nota 561 *supra*), párr. 60.

[564] Ibíd.

continuada en favor no solo de una mayor aceptación social de los transexuales sino también del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales operados»[565].

21) Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados. Así sucedió, por ejemplo, en asuntos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio[566] y en asuntos relacionados con el presunto derecho de ciertos romaníes («gitanos») a disponer de un lugar de residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante[567].

22) Se puede llegar a la conclusión de que una mera práctica social (ulterior), como tal, no basta para constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. No obstante, la práctica social ha sido reconocida a veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un elemento que contribuye a la evaluación de la práctica de los Estados.

Tercera parte

ASPECTOS GENERALES

Conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación del tratado. Ese no suele ser el caso si las partes han acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

3. La identificación de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 requiere, en particular, determinar si el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado.

Comentario

1) El propósito del proyecto de conclusión 6 es indicar que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, deben ser identificados.

Párrafo 1, primera oración – la expresión «acerca de la interpretación»

2) La primera oración del párrafo 1 recuerda que la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los efectos del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere una consideración particular de la cuestión de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si estuvieron motivadas por otras consideraciones.

3) Los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, deben ser «acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones», y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ha de ser «en la aplicación del tratado» y por la cual conste un acuerdo «acerca de la interpretación»[568]. La relación entre los términos «interpretación» y «aplicación» en el artículo 31, párrafo 3, no es meridianamente clara. La «interpretación» es el proceso mediante el que se aclara el sentido de un tratado, incluidas una o más de sus disposiciones. La «aplicación» abarca un comportamiento mediante el que se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte. La «interpretación» se refiere a un proceso mental, mientras que la «aplicación» se centra en el comportamiento en sí (acciones y omisiones). A este respecto, los dos conceptos son distinguibles y pueden servir propósitos diferentes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 (véanse los párrafos 4 a 6 *infra*), pero también están estrechamente relacionados y se complementan entre sí.

4) Si bien puede haber aspectos de la «interpretación» que no estén relacionados con la «aplicación» de un tratado[569], la aplicación de un tratado conlleva, de manera casi inevitable, algún elemento de interpretación, aun en los casos en que la norma en cuestión esté aparentemente clara[570]. Así pues, un acuerdo o un comportamiento

[565] *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 558 *supra*), párr. 85; véase también, ibíd., párr. 90.

[566] *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2000, ECHR 2000-II, párr. 52; véase también *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 31, párr. 41; *Inze v. Austria*, demanda núm. 8695/79, 28 de octubre de 1987, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 126, párr. 44; *Brauer v. Germany*, demanda núm. 3545/04, 28 de mayo de 2009, párr. 40.

[567] *Chapman v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 27238/95, 18 de enero de 2001, ECHR 2001-I, párrs. 70 y 93; véase también *Lee v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25289/94, 18 de enero de 2001, párrs. 95 y 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24882/94, 18 de enero de 2001, párrs. 104 y 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24876/94, 18 de enero de 2001, párrs. 107 y 108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25154/94, 18 de enero de 2001, párrs. 100 y 101.

[568] Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente, párrs. 17 a 20.

[569] Según Haraszti, «la interpretación supone la elucidación de un texto en cuanto a su sentido y su objetivo, mientras que la aplicación supone la especificación de las consecuencias que conlleva para las partes contratantes» (Haraszti (nota 449 *supra*), pág. 18); si bien reconoce que «una norma jurídica sea cual sea la forma en que se manifieste no puede aplicarse a menos que se haya elucidado su contenido» (ibíd., pág. 15).

[570] «Harvard Draft Convention on the Law of Treaties», *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29 (1935), págs. 653 y ss., en especial págs. 938 y 939; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 372; Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 116; Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), párr. 423; disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte)); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 28 a 30 y 238; Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 47; U. Linderfalk, «Is the

(Continuación en la página siguiente.)

«acerca de la interpretación» del tratado y un acuerdo o un comportamiento «en la aplicación» del tratado llevan implícito, ambos, que las partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado[571]. Mientras que en el caso de un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado» en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* (primera alternativa), la posición acerca de la interpretación de un tratado es asumida de manera específica e intencionada por las partes, es posible que la situación no sea tan clara en el caso de un «acuerdo ulterior […] acerca de […] la aplicación de sus disposiciones», en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* (segunda alternativa)[572]. Asumir una posición respecto de la interpretación «en la aplicación» también está implícito en actos simples de aplicación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, es decir, en «toda medida adoptada sobre la base del tratado interpretado»[573]. La palabra «o» en el artículo 31, párrafo 3 *a*, no describe pues una relación mutuamente excluyente entre «interpretación» y «aplicación».

5) La importancia de una «aplicación» de un tratado, a los efectos de su interpretación, no se limita, no obstante, a la identificación de la posición que el Estado parte en cuestión asuma con ella respecto de su interpretación. De hecho, la forma en que un tratado se aplica no solo contribuye a determinar el sentido del tratado, sino también a identificar hasta qué punto la interpretación que los Estados partes han asumido está «asentada» y, por tanto, más o menos firmemente establecida.

6) Debe señalarse que una «aplicación» de un tratado no necesariamente refleja la posición de un Estado parte de que dicha aplicación es la única legalmente posible con arreglo al tratado y a las circunstancias[574]. Además, el concepto de «aplicación» no excluye ciertos comportamientos de actores no estatales que el tratado reconozca como formas de su aplicación atribuibles a las partes en él[575], y por tanto puede constituir una práctica por la que conste el acuerdo de las partes. Por último, el significado legal de un comportamiento particular en la aplicación de un tratado no está necesariamente limitado a su posible contribución a la interpretación en el sentido del artículo 31, sino que puede contribuir también a satisfacer la carga de la prueba[576] o a cumplir las condiciones de otras normas[577].

7) Un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es «en la aplicación del tratado» o «acerca de» su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En la causa relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados dudaron de si el hecho de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas siguieran pagando sus contribuciones significaba una aceptación de una práctica determinada de la Organización[578]. El Magistrado Fitzmaurice hizo una advertencia bien conocida en este contexto, con arreglo a la cual «el argumento extraído de la práctica, si se lleva demasiado lejos, puede constituir el planteamiento de la cuestión»[579]. Según el Magistrado Fitzmaurice, «difícilmente podría inferirse del mero hecho de que los Estados Miembros *paguen* que estos admitan necesariamente en todos los supuestos una obligación jurídica positiva de hacerlo»[580].

8) Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia entendió que un esfuerzo por las partes en el acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la competencia de la Corte) para celebrar un acuerdo especial adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes considerasen que la celebración de dicho acuerdo adicional fuera un requisito para determinar la competencia de la Corte[581].

9) Otro ejemplo de una práctica voluntaria que no tiene por objeto ser «en la aplicación de» un tratado o «acerca de la interpretación» de un tratado se refiere a la «protección complementaria» en el contexto del derecho de los refugiados. A las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a menudo se les concede, no obstante, «protección complementaria», que es equivalente a la que se prevé en la Convención. Sin embargo,

(Continuación de la nota 570.)

hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2007), págs. 141 a 144 y 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), pág. 44; Villiger, «The rules on interpretation…» (nota 443 *supra*), pág. 111.

[571] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 266; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), pág. 162; Karl (nota 457 *supra*), págs. 114 y 118; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 556 y 557, párrs. 80 y 82.

[572] Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero su alcance y propósito nunca se abordaron ni se aclararon (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 471 *supra*), 31ª sesión de la Comisión Plenaria, 19 de abril de 1968, pág. 185, párr. 53).

[573] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), págs. 164, 165 y 167; véanse también los proyectos de conclusión 2 [1], párr. 4, y 4, párr. 3.

[574] Véase el proyecto de conclusión 7, párr. 1.

[575] Véase Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (nota 419 *supra*), págs. 53 y ss., en especial págs. 54, 56, 59 y 60.

[576] En la causa *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 117, párr. 105, la Corte Internacional de Justicia negó que ciertos comportamientos (declaraciones) satisficieran la carga de la prueba con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entre 1999 y julio de 2008, en particular porque el comportamiento no se consideró estar específicamente relacionado con la Convención. Según el Magistrado Simma, la carga de la prueba se había satisfecho hasta cierto punto (véase la opinión separada del Magistrado Simma, ibíd., págs. 199 a 223, párrs. 23 a 57).

[577] En la causa *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), la Corte Internacional de Justicia analizó la práctica ulterior no solo en el contexto de la interpretación del tratado sino también en el de la prescripción adquisitiva (véanse págs. 1092 y 1093, párr. 71, pág. 1096, párr. 79, y pág. 1105, párr. 97).

[578] *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial págs. 201 y 202 (opinión separada del Magistrado Fitzmaurice) y págs. 189 a 195 (opinión separada del Magistrado Spender).

[579] Ibíd., pág. 201.

[580] Ibíd.

[581] *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (véase la nota 473 *supra*), pág. 16, párr. 28.

los Estados que conceden protección complementaria no consideran que estén actuando «en la aplicación de» la Convención o «acerca de su interpretación»[582].

10) A veces es difícil distinguir los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior pertinentes acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de otros comportamientos o actos en el contexto más amplio del tratado, incluidos los «actos contemporáneos» en el ámbito del tratado. No obstante, esta distinción es importante, ya que únicamente el comportamiento de las partes acerca de la interpretación tiene autoridad específica en el proceso de interpretación. La regla general parece ser que, cuanto más específica sea la relación de un acuerdo o una práctica con un tratado, mayor peso interpretativo puede adquirir en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[583].

11) La clasificación de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, en tanto que asunción de una posición respecto de la interpretación de un tratado, requiere a menudo un detenido análisis jurídico y de los hechos. Este punto puede ilustrarse con ejemplos extraídos de la práctica judicial y estatal.

12) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece una serie de ejemplos. Por una parte, la Corte no consideró que un «comunicado ministerial conjunto» de dos Estados «formara parte de la base convencional del derecho de libre navegación», ya que «es probable que las modalidades de cooperación que en él se establecen sean revisadas a fin de satisfacer a las partes»[584]. No obstante, la Corte también sostuvo que la falta de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado, o la ausencia de ciertas formas de su aplicación, constituían una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en varios tratados sobre armas tóxicas[585]. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede determinarse mediante un examen detenido de si dicha expresión es «acerca de la interpretación» del tratado y hasta qué punto lo es. Así pues, la Corte entendió, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que las «resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Internacional sobre la Caza de las Ballenas] que habían sido aprobadas por consenso exigían que los Estados partes tuvieran en cuenta si los objetivos de la investigación podían lograrse de manera práctica y científica utilizando métodos de investigación no letales, pero no establecían el requisito de que se utilizasen métodos letales únicamente cuando no existieran otros métodos disponibles»[586].

13) Cuando el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se enfrentó a la cuestión de si la Declaración sobre resolución de reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares al Irán, el Tribunal concluyó, refiriéndose a la práctica ulterior de las partes, que este tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución:

> 66. […] Aunque el párrafo 9 de la Declaración general no afirma de manera expresa obligación alguna de indemnizar al Irán en el supuesto de que no se devuelvan determinados artículos en razón de disposiciones de la legislación de los Estados Unidos aplicable con anterioridad al 14 de noviembre de 1979, el Tribunal entiende que dicha obligación está implícita en ese párrafo.
>
> […]
>
> 68. Además, el Tribunal observa que la interpretación recogida en el párrafo 66 supra es acorde con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. Dicha práctica, de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 *b* de la Convención de Viena, también ha de tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981, en la que informan al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos manifestaron de manera expresa que «el Irán sería reembolsado por el coste del equipo en la medida de lo posible» […][587].

Esta posición fue criticada por el Magistrado Holtzmann en su opinión disidente:

> El comportamiento ulterior de un Estado parte constituye una base adecuada para interpretar un tratado únicamente si resulta que el comportamiento estuvo motivado por el tratado. En el presente caso no hay evidencia, ni siquiera un argumento, de que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por los bienes fuera en respuesta a una obligación percibida que imponía el párrafo 9. Dicho comportamiento sería igualmente acorde con el reconocimiento de una obligación contractual de realizar el pago. En ausencia de cualquier indicio de que el comportamiento estuviese motivado por el tratado, es incorrecto utilizar ese comportamiento para interpretar el tratado[588].

Tanto la opinión mayoritaria como la disidente identifican claramente la necesidad de analizar detenidamente si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición «acerca de la interpretación» de un tratado.

14) El hecho de que los Estados partes asuman una posición acerca de la interpretación de un tratado puede también deducirse a veces del carácter del tratado o de

[582] Véase A. Skordas «General provisions: article 5», en A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 682, párr. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 21.

[583] Sobre el «peso» de un acuerdo o una práctica como medio de interpretación, véase el proyecto de conclusión 9 [8] *infra*; como ejemplo de la necesidad y de la dificultad ocasional de distinguir un comportamiento específico de las partes acerca de la interpretación de un tratado de un acto más general, véase *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en especial págs. 41 a 58, párrs. 103 a 151.

[584] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), págs. 234 y 235, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island* (nota 400 *supra*), pág. 1091, párr. 68, en donde la Corte afirmó de manera implícita que una de las partes no consideraba que ciertas formas de cooperación práctica fueran legalmente pertinentes a los efectos de la cuestión de fronteras que se planteaba y, por tanto, no convenía con una posición contraria de la otra parte.

[585] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párrs. 55 y 56; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 262 a 264.

[586] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 257, párr. 83.

[587] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo parcial núm. 382-B1-FT (31 de agosto de 1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), págs. 273 y ss., en particular págs. 294 y 295.

[588] Opinión separada del Magistrado Holtzmann, concurrente en parte, disidente en parte, ibíd., pág. 304.

una disposición específica[589]. Mientras que la práctica ulterior en la aplicación de un tratado a menudo consiste en un comportamiento de diferentes órganos del Estado (ejecutivos, legislativos, judiciales o de otra índole) en la aplicación consciente de un tratado a diferentes niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no aborda en general de manera explícita la cuestión de si una práctica concreta se llevó a cabo «acerca de la interpretación» del Convenio Europeo de Derechos Humanos[590]. Así pues, a la hora de describir la situación jurídica nacional en los Estados miembros, en raras ocasiones pregunta el Tribunal si una situación jurídica particular es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se debatieron los posibles requisitos del Convenio. Más bien, el Tribunal presume que los Estados miembros, a la hora de legislar o adoptar alguna otra disposición de manera particular, son conscientes de sus obligaciones con arreglo al Convenio, y que actúan de una manera que refleja la forma en que entienden sus obligaciones[591]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado en ocasiones la práctica legislativa como medio de interpretación[592]. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la «falta de posicionamiento alguno» de las partes acerca de una determinada interpretación del Convenio puede indicar que asumen una posición acerca de la interpretación del tratado[593].

15) El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra estipula que «[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas». Los Estados partes no declararon de manera intencionada que fuera relevante la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado a fin de evitar que los Estados alegaran de manera abusiva la voluntad de los prisioneros de guerra con objeto de demorar la repatriación[594]. No obstante, el CICR ha insistido siempre, como condición de su participación, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado[595]. Este enfoque, en la medida en que ha sido reflejado en la práctica de los Estados partes, no significa necesariamente, no obstante, que el artículo 118 deba interpretarse como una exigencia de que la repatriación de un prisionero de guerra no debe hacerse contra su voluntad. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario señala de manera precisa en su comentario sobre la norma 128 A:

> Según el IV Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país «donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas» [artículo 45, párrafo 4, del IV Convenio de Ginebra]. Aunque el III Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si este desea ser repatriado (o liberado)[596].

16) Esta formulación sugiere que la práctica estatal de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que interviene el CICR y en los que la organización ha formulado dicha condición. Los Estados han extraído diferentes conclusiones de esta práctica[597]. En el Manual de derecho de los conflictos armados del Reino Unido de 2004 se dispone que:

> Una cuestión más controvertida es si los prisioneros de guerra han de ser repatriados incluso contra su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deben serlo. La política del Reino Unido es que los prisioneros de guerra no deben ser repatriados contra su voluntad[598].

17) Esta particular combinación de los verbos «han de» y «deben» indica que el Reino Unido, al igual que otros Estados, no considera que la práctica ulterior demuestra una interpretación del tratado según la cual la voluntad declarada del prisionero de guerra tiene que ser respetada siempre[599].

18) Los ejemplos anteriores extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados fundamentan la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular para

---

[589] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párr. 15.

[590] Véase, por ejemplo, *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 161, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom* (nota 561 *supra*), párr. 60; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (nota 404 *supra*), párr. 48; sin embargo, como contraposición, compárese con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC] (nota 435 *supra*), párr. 146; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, demanda núm. 15576/89, 20 de marzo de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 201, párr. 100.

[591] Véase la nota 590 *supra*; véanse también *Marckx v. Belgium* (nota 566 *supra*), párr. 41; *Jorgic v. Germany* (nota 506 *supra*), párr. 69; *Mazurek v. France* (nota 566 *supra*), párr. 52.

[592] Véase, por ejemplo, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* (nota 405 *supra*), párr. 12.

[593] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], demanda núm. 52207/99, ECHR 2001-XII, párr. 62.

[594] Véase C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisioners of War at the End of Active Hostilities*, Zúrich, Schulthess, 1977, págs. 145 a 156 y 171 a 175; sobre el deber de repatriar, véase en general S. Krähenmann, «Protection of prisioners in armed conflict», en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 409 y 410.

[595] Así, con su participación, el CICR trata de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto de la voluntad de los prisioneros de guerra (véase Krähenmann (nota 594 *supra*), págs. 409 y 410).

[596] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005, pág. 455 [se omiten las notas] (edición en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja y Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pág. 514).

[597] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice*, Cambridge, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, y actualización en versión electrónica para Australia, España, Israel y los Países Bajos, que puede consultarse en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD.

[598] Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pág. 205, párr. 8.170 [se omiten las notas].

[599] El Manual de los Estados Unidos de América menciona únicamente la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos, véase Henckaerts y Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice* (nota 597 *supra*), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855; no obstante, la práctica de los Estados Unidos de América después de la Segunda Guerra Mundial fue que el CICR estableciera la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (Estados Unidos de América, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, págs. 707 y 708).

plantear si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones[600].

Párrafo 1, segunda oración – inaplicación temporal de un tratado o modus vivendi

19) La segunda oración del párrafo 1 es meramente ilustrativa. Hace referencia a dos tipos de casos que es preciso distinguir de la práctica acerca de la interpretación de un tratado.

20) Una práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede también poner de manifiesto un acuerdo de no aplicar un tratado temporalmente[601] o un acuerdo sobre un arreglo práctico (*modus vivendi*)[602]. El ejemplo que figura a continuación es ilustrativo.

21) El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña dispone que «[s]e adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones […] La bandera […] llevar[á] cruz roja en fondo blanco». Durante la guerra ruso-turca que tuvo lugar entre 1877 y 1878, el Imperio otomano declaró que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para marcar sus propias ambulancias, si bien respetando el signo de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas y manifestó que el signo distintivo del Convenio «había impedido hasta la fecha que Turquía ejerciera los derechos que la asistían en virtud del Convenio porque constituía una ofensa para los soldados musulmanes»[603]. Esta declaración dio lugar a una correspondencia entre el Imperio otomano, Suiza (en calidad de depositaria) y las demás partes que resultó en la aceptación de la media luna roja únicamente durante el tiempo que se prolongara el conflicto[604]. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y durante la Conferencia de 1906 de examen del Convenio de Ginebra de 1864, el Imperio otomano, Persia y Siam pidieron, sin lograrlo, que se incluyeran la media luna roja, el león y el sol rojos, y la llama roja en el Convenio[605]. No obstante, el Imperio otomano y Persia al menos lograron que se aceptaran las «reservas» que formularon a dicho efecto en 1906[606]. Esta aceptación de las reservas del Imperio otomano y de Persia en 1906 no significó, no obstante, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido interpretado de un modo particular antes de 1906 por una práctica ulterior no objetada. La práctica del Imperio otomano y de Persia se vio más bien, al menos hasta 1906, como una práctica no recogida por el Convenio de Ginebra de 1864, si bien fue aceptada como medida temporal y excepcional que dejaba inalterada la obligación convencional general.

Párrafo 2 – variedad de formas

22) El propósito del párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 es reconocer la variedad de formas que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden adoptar con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, consiste en cualquier «comportamiento» en la aplicación de un tratado, incluida en ciertas circunstancias la inacción, que pueda contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[607]. Dependiendo del tratado de que se trate, esto no incluye únicamente comportamientos orientados al exterior, como actos oficiales, declaraciones y votaciones de ámbito internacional, sino también actos legislativos, ejecutivos y judiciales de ámbito nacional, y puede abarcar incluso comportamientos de actores no estatales que sean atribuibles a uno o a más Estados partes y entren dentro del ámbito de aplicación de lo que el tratado conciba como formas de su aplicación[608]. Así pues, el comportamiento individual que puede contribuir a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, no tiene que cumplir ningún criterio formal específico[609].

23) La práctica ulterior en el ámbito internacional no tiene que ser necesariamente un comportamiento conjunto[610]. Puede bastar un comportamiento paralelo de las partes. Una cuestión aparte es si la actividad paralela

[600] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párrs. 11 a 18. Véase también L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 25 y 26.

[601] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párr. 71.

[602] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 400 *supra*), págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (nota 400 *supra*), págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), pág. 32; para otro ejemplo, véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párr. 72; y J. R. Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 105, núm. 4 (2011), págs. 775 y ss., en especial págs. 809 a 812.

[603] *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, núm. 29 (enero de 1877), págs. 35 a 37, citado en F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History*, Ginebra, CICR, 1977, pág. 15.

[604] *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, núm. 31 (julio de 1877), pág. 89, citado en Bugnion (nota 603 *supra*), pág. 18.

[605] Véase Bugnion (nota 603 *supra*), págs. 19 a 31.

[606] A las que se unió Egipto tras su adhesión en 1923, véase Bugnion (nota 603 *supra*), págs. 23 a 26; hasta que se revisaron los Convenios de Ginebra en 1929, Turquía, Persia y Egipto no afirmaron que el uso de otros emblemas se había convertido en un hecho consumado y que esos emblemas habían sido utilizados en la práctica sin que se planteara objeción alguna, cuando la media luna roja y el león y sol rojos fueron reconocidos finalmente como signos distintivos en el artículo 19 del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1929.

[607] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párrs. 17 a 20.

[608] Véase, por ejemplo, el comentario del proyecto de conclusión 5 *supra*; véase también Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (nota 419 *supra*), págs. 54, 56, 59 y 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 257 a 259; véase asimismo *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 583 *supra*), págs. 41 a 45, párrs. 103 a 111, págs. 48 y 49, párrs. 119 a 122, y pág. 50, párr. 126; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

[609] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 254 y 255.

[610] *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, fallo de 15 de junio de 1962 (véase la nota 491 *supra*), pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren).

desarrolla realmente un entendimiento común suficiente (acuerdo) acerca de la interpretación de un tratado en un caso particular (véase el proyecto de conclusión 10 [9], párrafo 1, *infra*)[611]. Pueden encontrarse acuerdos ulteriores en tratados jurídicamente vinculantes y en instrumentos no vinculantes como memorandos de entendimiento[612]. También pueden encontrarse acuerdos ulteriores en algunas decisiones de una conferencia de Estados partes (véase el proyecto de conclusión 11 [10] *infra*).

Párrafo 3 – identificación de la práctica ulterior prevista en el artículo 32

24) El párrafo 3 de este proyecto de conclusión establece que, al identificar la práctica ulterior prevista en el artículo 32, el intérprete tiene que determinar si, en particular, el comportamiento seguido por una o más partes es en la aplicación del tratado[613]. La Comisión decidió tratar esa «otra práctica ulterior» (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3)[614] en el sentido del artículo 32 en un párrafo aparte en aras de la claridad analítica (véanse el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y el proyecto de conclusión 9 [8], párrafo 3, *infra*), pero no quiere con ello cuestionar la unidad del proceso de interpretación. Las consideraciones que son pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la identificación de «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32. Así pues, los acuerdos en que no estén todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación son una forma de práctica ulterior en el sentido del artículo 32.

25) Ejemplo de un arreglo práctico es el memorando de entendimiento entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos sobre los servicios de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011[615]. El memorando de entendimiento no se refiere al Canadá, la tercera parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y en él se especifica que el memorando «es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos de América y México en el marco del TLCAN». Estas circunstancias sugieren que el memorando de entendimiento no pretende constituir un acuerdo acerca de la interpretación del Tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, sino que más bien se limita a ser un arreglo práctico entre un número limitado de partes que puede ser impugnado por otras partes o por una institución judicial o cuasijudicial.

Conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, contribuyen, en su interacción con otros medios de interpretación, a la aclaración del sentido de un tratado. Ello puede dar lugar a la restricción, la ampliación o la determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones, incluido cualquier margen de discrecionalidad que el tratado conceda a las partes.

2. La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

3. Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo alcanzado ulteriormente o una práctica seguida en la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y del derecho internacional consuetudinario.

Comentario

Párrafo 1, primera oración – aclaración del sentido de un tratado

1) El proyecto de conclusión 7 versa sobre los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de un tratado. Su propósito es indicar cómo los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a la aclaración del sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior han de considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2 [1], párrafo 5)[616]. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en «una sola operación combinada»[617]. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en

[611] *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 737, párr. 258; no obstante, véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 83 y 84, párr. 117, en donde la Corte reconoció las concesiones de las partes en la controversia como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 583 *supra*).

[612] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 244 y 250.

[613] Véanse, *supra*, los párrafos 1 a 4 del presente comentario; véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párrs. 3 a 5.

[614] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 10.

[615] Véase Crook (ed.) (nota 602 *supra*), págs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América (www.dof.gob.mx).

[616] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párrs. 12 a 15.

[617] Ibíd.

el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a aclarar el sentido de un tratado[618] al reducir (precisar) los posibles significados de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse los párrafos 4, 6, 7, 10 y 11 *infra*). Si no, dicha toma en consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a entender las diversas interpretaciones posibles de que disponen las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado les conceda (véanse los párrafos 12 a 15 *infra*).

3) Los tribunales y cortes internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el «sentido corriente» de los términos del tratado[619]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)[620]. Si las partes no desean transmitir el sentido corriente de un término, sino un sentido especial conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden servir para aclarar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación[621] ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el «sentido corriente» de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo[622], en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos «material tóxico o armas tóxicas»:

> […] se han interpretado […] en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es intoxicar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se refirieran a las armas nucleares[623].

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede impedir que se especifique el sentido de un término general, limitándolo a solo uno de sus distintos significados posibles[624]. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

> La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas […] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente.
>
> En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 [del Acta General de Algeciras] no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión objeto de controversia. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa[625].

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado[626].

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos «en el contexto de estos» (artículo 31, párrafo 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado[627]. En la opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental* [posteriormente Organización Marítima Internacional (OMI)], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión «ocho […] países que posean las flotas mercantes más importantes» del artículo 28 *a* de la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, dado que este concepto de «países que posean las flotas mercantes más importantes» permitía distintas interpretaciones (según el «tonelaje registrado» o según la «titularidad de nacionales») y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28 *a* la Corte se basó en la práctica seguida en relación con otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

> Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención […] convenc[e] a la Corte de que cuando [el artículo 28 *a*] se redactó e incluyó en la Convención era poco

[618] La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión: «Se entiende por "declaración interpretativa" una declaración unilateral […] hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones» (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), cap. IV, párr. 75, e ibíd., vol. II (tercera parte), pág. 55); véase también el comentario de la directriz 1.2, párr. 18 (ibíd., vol. II (tercera parte), págs. 58 y 59)

[619] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párr. 14; *Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

[620] Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (nota 400 *supra*), pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute* (nota 400 *supra*), págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 400 *supra*), pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

[621] Para más ejemplos, véase Nolte, «Jurisprudence under special regimes…» (nota 403 *supra*).

[622] Véase también *Oil Platforms* (nota 585 *supra*), en especial pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo de 11 de junio de 1998, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67; *Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations* (nota 619 *supra*), pág. 9.

[623] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 585 *supra*), pág. 248, párr. 55.

[624] *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 25.

[625] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (véase la nota 531 *supra*), pág. 211.

[626] Véase, *mutatis mutandis*, *Certain expenses of the United Nations* (nota 578 *supra*), opinión consultiva en la que la Corte Internacional de Justicia interpretó el término «gastos» en sentido amplio y el término «acción» en sentido restringido a la luz de la respectiva práctica ulterior de las Naciones Unidas, en especial págs. 158 a 161 («gastos») y págs. 164 y 165 («acción»).

[627] Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions* (nota 429 *supra*), pág. 87, párr. 40.

probable que se hubiese pensado en cualquier otro criterio que no fuese el del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes[628].

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al «objeto y fin» de un tratado para su interpretación[629]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado[630], o conciliar la invocación del «objeto y fin» de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación Marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*[631] y las *Plataformas petrolíferas*[632], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

> De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, no tiene como objetivo solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no queda abarcada en el Capítulo VIII de la Carta [de las Naciones Unidas][633].

Párrafo 1, segunda oración – restricción, ampliación o determinación, de algún otro modo, de las posibles interpretaciones

10) La práctica estatal que queda fuera de los contextos judicial y cuasijudicial confirma que los acuerdos y la práctica ulteriores no solo contribuyen a especificar el sentido de un término al restringir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado; sino que también pueden indicar una variedad más amplia de interpretaciones aceptables o un cierto margen de discrecionalidad que un tratado concede a los Estados[634].

11) Por ejemplo, si bien el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté en ruta, la práctica de larga data de los Estados de exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere el permiso[635]. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, que dispone que los medios de transporte utilizados por una misión no podrán ser objeto de registro, requisa, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra bienes diplomáticos suelen suscitar protestas de los Estados[636], el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica[637]. Esa práctica sugiere que, aun cuando las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad pública[638]. De ese modo, el sentido de la expresión «medida de ejecución»

---

[628] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva de 8 de junio de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169; véanse asimismo ibíd., págs. 167 a 169; *obiter dicta: Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (IrelandUnited Kingdom), Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Final Award, decision of 2 July 2003*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 59 a 151, en especial pág. 99, párr. 141.

[629] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 211 y 219.

[630] Ibíd., págs. 212 a 215; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (nota 436 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 400 *supra*), pág. 179, párr. 109; R. Higgins «Some observations on the inter-temporal rule in international law», en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 173 a 181, en especial pág. 180; Distefano, «La pratique subséquente…» (nota 570 *supra*), págs. 52 a 54; Crema (nota 600 *supra*), pág. 21.

[631] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (véase la nota 485 *supra*), págs. 50 y 51, párr. 27.

[632] *Oil Platforms* (véase la nota 585 *supra*), págs. 813 a 815, párrs. 27 y 30.

[633] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo de 11 de junio de 1998 (véase la nota 622 *supra*), págs. 306 y 307, párr. 67.

[634] Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos, véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 32 y 33 y pág. 268, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477: «Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado […] De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena de 1969] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. Por consiguiente, en principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado […] En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido» (*The Law Reports, Appeal Cases 2001*, vol. 2, págs. 515 a 517 (Lord Steyn)).

[635] S. D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), pág. 85; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 215.

[636] E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruselas, Bruylant, 1994, págs. 207 y 208, párr. 315.

[637] Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (https://web.archive.org/web/20170616031126/http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook*, Reykjavik, 2009, pág. 14 (https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); Reino Unido, declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, M. Nash (Leich), «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 88, núm. 2 (abril de 1994), págs. 312 y 313.

[638] Denza (nota 636 *supra*), pág. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2ª ed., Baden-Baden (Alemania), Nomos, 2010, pág. 70.

—y, por tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte— ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Otro posible ejemplo concierne al artículo 12 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, que dispone:

> Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del León y Sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

Aunque el uso del futuro con carácter imperativo (*shall*) da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en todas las circunstancias, la práctica ulterior deja entrever que los Estados pueden tener cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación[639]. Dado que en los últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

> Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el contexto de la ISAF[640].

13) Esta práctica de los Estados puede confirmar una interpretación del artículo 12 según la cual la obligación de utilizar el emblema protector[641] en circunstancias excepcionales permite que las partes tengan un margen de discrecionalidad.

14) Una disposición de un tratado que conceda a los Estados un derecho aparentemente incondicional puede suscitar la cuestión de si ese margen de discrecionalidad está limitado por el propósito de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados emiten esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras infracciones graves del derecho del Estado receptor, o que han causado considerable irritación política[642]. No obstante, los Estados también han formulado esas declaraciones en otras circunstancias, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero[643] o han cometido repetidas infracciones de la ley[644], o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[645]. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o por motivos puramente políticos. Los otros Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de una misión. Así pues, dicha práctica confirma que el artículo 9 prevé un derecho incondicional[646].

Párrafo 2 – otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 se refiere a los posibles efectos de «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3) que no refleje un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado. Esa práctica, como medio de interpretación complementario, puede confirmar la interpretación a que ha llegado el intérprete en la aplicación del artículo 31, o determinar el sentido cuando la interpretación con arreglo al artículo 31 deje

[639] Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, CICR y Martinus Nijhoff, 1987, pág. 1440, párrs. 4742 a 4744 (edición en español: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 1998, págs. 226 y 227); H. Spieker, «Medical transportation», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 54 y 55, párrs. 7 a 12 (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil). Véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: *sera arboré*.

[640] Deutscher Bundestag (Parlamento Federal de Alemania), «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 de abril de 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, pág. 2.

[641] Spieker (nota 639 *supra*), pág. 55, párr. 12.

[642] Véase Denza (nota 636 *supra*), págs. 77 y 78, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véase también Salmon (nota 636 *supra*), pág. 484, párr. 630; y Richtsteig (nota 638 *supra*), pág. 30.

[643] Países Bajos, Departamento de Protocolo, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*. Puede consultarse en www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.

[644] Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo Internacional, *Guía para los diplomáticos extranjeros que trabajan en Francia: De las inmunidades – Respetar las normativas locales* (http://www.diplomatie.gouv.fr/es/servicios-y-formularios-en-linea/guia-para-los-diplomaticos/de-las-inmunidades/article/respetar-las-normativas-locales); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, Principal Circular Note, 63552, Trafic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 de abril de 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London, reproducida en G. Marston (ed.), «United Kingdom materials on international law 1985», *British Year Book of International Law 1985*, vol. 56, pág. 437.

[645] Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, *Revised Impaired Driving Policy* (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); Estados Unidos, Departamento de Estado, Diplomatic Note 10-181 of the Department of State (24 de septiembre de 2010), https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf, págs. 8 y 9.

[646] Véase G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 105 y ss., en especial pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. De ese modo, el artículo 32 establece una distinción entre la utilización de los trabajos preparatorios o de «otra práctica ulterior» para confirmar el sentido a que se ha llegado en virtud del artículo 31 y su utilización para «determinar» ese sentido. Por tanto, se puede haber recurrido a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 no solo para determinar el sentido del tratado en ciertas circunstancias, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31[647].

16) La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el «objeto y fin» del tratado parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas[648]. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que «las partes intentaron asegurarse la libertad de navegación en el río y delimitar de la manera más precisa posible sus respectivas zonas de influencia»[649]. Las partes resolvieron de ese modo una posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes como medio de interpretación complementario (en el sentido del artículo 32)[650].

17) Otro ejemplo de «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 se refiere a la expresión «precauciones factibles» del artículo 57, párrafo 2 *a* ii), del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Esa expresión ha sido utilizada, de hecho, por el artículo 3, párrafo 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), en anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, que dispone que «[s]e entiende por "precauciones viables" aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares». Este enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de «precauciones factibles» a los efectos del artículo 57, párrafo 2 *a* ii), del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949[651].

18) La identificación de la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párrafo 3 *b*, y 32 ha hecho que los tribunales internos a veces lleguen a una interpretación amplia y en ocasiones a una interpretación restrictiva. Por un lado, por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido ha interpretado que el término «avería» del artículo 26, párrafo 2, del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, de 1929, enmendado por el Protocolo de 1955, incluye también la «pérdida», invocando el comportamiento ulterior de las partes[652]. Por otro, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la práctica ulterior de las partes, decidió que el término «accidente» del artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929 debía interpretarse de manera restrictiva en el sentido de que excluía hechos que no hubieran sido causados por un acontecimiento inesperado o inusual[653]. Otro ejemplo de interpretación restrictiva es una decisión en la que el Tribunal Federal de Australia interpretó la expresión «atent[ado] contra [la] dignidad» del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en el sentido de que solo exigía que el Estado receptor ofreciera protección frente a quebrantamientos de la paz o la perturbación de las funciones esenciales de las embajadas, y no contra cualquier forma de molestia o insulto[654].

19) Los tribunales y cortes nacionales, en particular, se remiten a veces a decisiones de otras jurisdicciones nacionales y, de esa forma, entablan un «diálogo judicial» incluso aunque las partes no hayan dejado constancia de que exista un acuerdo al respecto[655]. Además de aplicar con

[647] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010, párr. 403: «Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la *Convención de Viena* a los "Servicios de distribución de grabaciones de sonidos" le hizo llegar a una "conclusión preliminar" sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para *confirmar* ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la *Convención de Viena* habría sido *necesariamente* distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de "Servicios de distribución de grabaciones de sonidos", y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para *determinar*, y no para *confirmar*, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32». Véase también Villiger, *Commentary*… (nota 418 *supra*), pág. 447, párr. 11.

[648] Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (Estados Unidos – Camarones)*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 17 («la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios»); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 216.

[649] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág 1074, párr. 45.

[650] Ibíd., págs. 1077 y 1078, párr. 55 y pág. 1096, párr. 80.

[651] Para los manuales militares de la Argentina (1989) y el Canadá (2001), véase Henckaerts y Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume II: Practice* (nota 597 *supra*), págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164, y la actualización en línea para el manual militar de Australia (2006) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); respecto al manual militar del Reino Unido (2004), véase https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf. Véase también Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols*… (nota 639 *supra*), pág. 683 (en español: *Comentario del Protocolo*… (ibíd.), pág. 953), párr. 2202.

[652] Reino Unido, Cámara de los Lores, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, pág. 278 (Lord Wilberforce) y pág. 279 (Lord Diplock); de modo similar, Alemania, Tribunal Federal (Asuntos Civiles), BGHZ, vol. 84, págs. 339 y ss., en especial págs. 343 y 344.

[653] Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, págs. 403 y 404.

[654] Australia, Tribunal Federal de Australia, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida* [1992] FCA 566, párrs. 30 a 35 (Magistrado Einfeld); véase también Reino Unido, Cámara de los Lores, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (véase la nota 432 *supra*), párrs. 47 y 48 (Lord Steyn).

[655] Véanse, por ejemplo, Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Air France v. Saks* (nota 653 *supra*), págs. 397 a 407; Estados Unidos, Tribunal Supremo, *Abbott v. Abbott* 560 U.S. (2010), opinión del Tribunal (emitida por el Magistrado Kennedy), opinión separada (www.supre

ello el artículo 32, esa remisión puede contribuir al desarrollo de una práctica ulterior junto con otros tribunales y cortes nacionales[656]. No obstante, la línea divisoria entre una utilización apropiada y una invocación selectiva de decisiones de otros tribunales y cortes nacionales puede ser fina[657]. Lord Hope, de la Cámara de los Lores, citando las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969, proporcionó una orientación general razonable al decir:

> En un mundo ideal, todas las partes en la Convención deberían interpretarla del mismo modo. Así pues, la jurisprudencia constituye una posible fuente adicional de prueba. Han de tenerse cuidadosamente en cuenta los razonamientos de tribunales y cortes de otras jurisdicciones que han tenido que ocuparse de la cuestión de que se trate, en particular los de alto prestigio. Se debe dar un peso considerable a las interpretaciones que gozan de aceptación general en otras jurisdicciones. Por otra parte, es preciso obrar con discernimiento si las decisiones entran en conflicto o si no hay coincidencias claras entre ellas[658].

20) El modo en que se aplique este enfoque general es fundamental. Por ejemplo, debe evitarse invocar selectivamente las decisiones de una determinada jurisdicción nacional o la práctica de un grupo de Estados específico[659]. Por otra parte, puede ser adecuado, cuando la práctica varíe en diferentes jurisdicciones nacionales, hacer hincapié en la práctica de un grupo de jurisdicciones representativo[660] y dar más peso a las decisiones de los tribunales superiores[661].

Párrafo 3 – interpretación frente a modificación o enmienda

21) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 7 trata de la cuestión de hasta dónde la interpretación de un tratado puede estar influida por acuerdos ulteriores y una práctica ulterior sin salirse del ámbito de lo que se considera interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. El párrafo recuerda al intérprete que los acuerdos alcanzados ulteriormente pueden servir para enmendar o modificar el tratado, pero que tales acuerdos ulteriores están sujetos al artículo 39 de la Convención de Viena de 1969 y deben distinguirse de los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*. La segunda oración, aun reconociendo que existen ejemplos de lo contrario en la jurisprudencia y opiniones divergentes en la doctrina, establece que la posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general.

22) De conformidad con el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, «[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes». El artículo 31, párrafo 3 *a*, por otra parte, se refiere a los acuerdos ulteriores «entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» y no parece abordar la cuestión de la enmienda o modificación. Como sostuvo el Órgano de Apelación de la OMC:

> […] el término «aplicación» que figura en el apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena* atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que «aplicarse»; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar […][662].

23) Los artículos 31, párrafo 3 *a*, y 39, si se leen conjuntamente, evidencian que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y enmendar o modificar el tratado[663]. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda[664]. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*:

> Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este «entendimiento» era vinculante para las Partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las Partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los

mecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf), págs. 12 a 16; Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 139, págs. 272 y ss., en especial págs. 288 y 289; Tribunal Superior de Australia, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, párrs. 75 a 82.

[656] A. Tzanakopoulos, «Judicial dialogue as a means of interpretation», en H. P. Aust y G. Nolte (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2016, págs. 72 y ss., en especial pág. 94; E. Benvenisti, «Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts», *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 2 (2008), págs. 241 a 274.

[657] Reino Unido, Tribunal Supremo, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, párr. 17 (Lord Phillips) («[e]sta práctica de solo uno de los muchos signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sirve de guía para desentrañar el significado del artículo 14 6) […] No se ha indicado que exista una práctica coherente entre los signatarios que contribuya a determinar el sentido del artículo 14 6)»).

[658] Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* (véase la nota 522 *supra*), párr. 81.

[659] Ibíd., párr. 7 (Lord Mackay): «Al considerar importante que el Convenio de Varsovia reciba una interpretación común en todas las jurisdicciones de los países que lo han adoptado, atribuyo una importancia fundamental a las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los asuntos *Eastern Airlines Inc v. Floyd* (1991) 499 US 530 y *El Al Israel Airlines v. Tseng*, sobre todo teniendo en cuenta la envergadura de la participación de los Estados Unidos en el transporte aéreo»; o Magistrado Einfeld, en nombre del Tribunal Federal de Australia, en el asunto *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida* (véase la nota 654 *supra*), en relación con la interpretación del concepto de «atentado contra la dignidad» de una representación diplomática previsto en el artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, quien, recordando el artículo 31, párrafo 3 *b*, afirmó que «la aplicación internacional de la Convención por países democráticos indica que otra consideración importante es la libertad de expresión en el país receptor. Este factor es especialmente importante cuando se trata de manifestaciones políticas en el exterior de las embajadas. Es útil tener en cuenta la práctica de países con considerable experiencia en este tipo de situaciones, como los Estados Unidos y el Reino Unido», párr. 30.

[660] Canadá, Tribunal Supremo, *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.* [2010] 1 SCR 649, párr. 21 (Magistrado Rothstein).

[661] Reino Unido, Cámara de los Lores, *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, pág. 453 (Lord Hope); *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* (véase la nota 652 *supra*), págs. 275 y 276 (Lord Wilberforce).

[662] Informes del Órgano de Apelación de la OMC, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* (véase la nota 448 *supra*), párr. 391.

[663] Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 88.

[664] Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 471 *supra*), 37ª sesión de la Comisión Plenaria, 24 de abril de 1968, págs. 224 y 225, párr. 15; Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), págs. 513 y 514, párrs. 7, 9 y 11; K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», en Dörr y Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (nota 443 *supra*), pág. 706, párr. 16.

procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado[665].

24) A menudo es difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3 *a*, que no son necesariamente vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41[666]. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados parecen indicar[667] que los acuerdos informales que pretenden dejar sin efecto obligaciones convencionales deben interpretarse de manera estricta. Salvo los enunciados en el artículo 39, parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que puedan estipularse en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, no obstante, que los Estados y los tribunales y cortes internacionales generalmente se inclinan a reconocer a los Estados partes mucha libertad en la interpretación de un tratado mediante un acuerdo ulterior. Ese margen de libertad permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento de este margen para la interpretación de un tratado va en paralelo a la renuencia de los Estados y los tribunales y cortes a admitir que un acuerdo realmente produzca el efecto de enmendar o modificar un tratado[668]. Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse[669].

25) Volviendo a la cuestión de si las partes pueden enmendar o modificar un tratado mediante una práctica ulterior común, la Comisión propuso originalmente, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que se incluyera en la Convención de Viena de 1969 la disposición que figura más abajo, por la que se hubiera reconocido explícitamente la posibilidad de la modificación de los tratados por la práctica ulterior:

Artículo 38. Modificación de los tratados por práctica ulterior

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado[670].

26) Este proyecto de artículo dio pie a un intenso debate en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados[671]. Las enmiendas tendentes a suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que se rechazara el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado excluida la posibilidad de modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes. Muchos autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no habían deseado tratar esta cuestión en la Convención de Viena de 1969 y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes a tal efecto[672]. Los tribunales y cortes internacionales, en cambio, se han abstenido en su

[665] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 400 *supra*), pág. 62, párr. 128; véase también pág. 63, párr. 131; la Corte concluyó seguidamente, en la causa que estaba examinando, que esas condiciones no se habían cumplido, págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142. Por lo que respecta al Estatuto del río Uruguay, firmado en Salto (Uruguay) el 26 de febrero de 1975, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1295, núm. I-21425, pág. 331.

[666] En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute* (nota 400 *supra*), pág. 31, párr. 60 («a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración [de 21 de marzo de 1899, que completa la Convención Franco-Británica de 14 de junio de 1898]»); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a*, también puede tener como efecto la modificación de un tratado (véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), págs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos). Por lo que respecta a la Convención entre Gran Bretaña y Francia para la delimitación de sus respectivas posesiones al oeste del Níger, y de sus respectivas posesiones y esferas de influencia al este de ese río, firmada en París el 14 de junio de 1898, y la Declaración Adicional a la misma, firmada en Londres el 21 de marzo de 1899, véase *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, págs. 38 y 55 respectivamente.

[667] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 400 *supra*), pág. 63, párr. 131, y pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 602 *supra*), pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional) (véase la nota 538 *supra*), págs. 125 y 126, párr. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America*, caso CIADI núm. ARB(AF)/00/1, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 9 de enero de 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 470 y ss.; véase en particular págs. 526 y 527, párr. 177 (disponible en línea: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C185/DC600_En.pdf); *Methanex Corporation v. United States of America* (véase la nota 449 *supra*), parte IV, cap. C, párrs. 20 y 21; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (véase la nota 388 *supra*), párrs. 146 a 165.

[668] Cabe que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 83.

[669] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 400 *supra*), pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 602 *supra*), pág. 32.

[670] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 200 [se omite la nota].

[671] Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 471 *supra*), págs. 228 a 237; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párrs. 119 a 121; Distefano, «La pratique subséquente…» (nota 570 *supra*), págs. 55 a 61.

[672] Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 275 a 280; Yasseen (nota 398 *supra*), págs. 51 y 52; Kamto (nota 534 *supra*), págs. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 213; Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 432, párr. 23; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, «Article 39…» (nota 664 *supra*), págs. 702 a 704, párrs. 10 y 11); Distefano, «La pratique subséquente…» (nota 570 *supra*), págs. 62 a 67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three», *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, págs. 1 a 82, en especial pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6ª ed., Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2008, pág. 934; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press (de próxima aparición), en especial nota 455 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), págs. 89 y 90; véase también Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

mayoría desde la adopción de la Convención de Viena de 1969 de reconocer esta posibilidad.

27) En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que «la práctica ulterior de las partes, en el marco del significado del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito»[673]. No está totalmente claro si con eso la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados, dado que la intención «original» de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión reconoce en el proyecto de conclusión 8 [3] que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, «pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo»[674]. Por consiguiente, el alcance de la «interpretación» no viene dado necesariamente por una «intención original» fija, sino que más bien debe determinarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, incluidos ciertos acontecimientos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede contribuir a la «interpretación» y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o modificación de un tratado en la práctica es a menudo «difícil, si no imposible, de determinar»[675].

28) Aparte del pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[676], la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. En particular, es lo que sucedió en las opiniones consultivas relativas a los asuntos *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*[677] y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*[678] en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica hubiera llevado a una enmienda o modificación de este[679]. Como esas opiniones se refieren a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan en el proyecto de conclusión 12 [11][680].

29) Otras causas importantes en las que la Corte Internacional de Justicia ha planteado la cuestión de una posible modificación resultante de la práctica ulterior de las partes son las relativas a los tratados sobre fronteras. Como dijo la Corte en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)*:

> A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho[681].

30) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que se habían producido claras manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)[682]. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se aprobara la Convención de Viena de 1969 y, por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena[683]. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con

[673] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 533 *supra*), pág. 256, párr. 62; Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 51; Kamto (nota 534 *supra*), págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Colonia/Berlín, Heymanns, 1963, pág. 132.

[674] Véanse, *infra*, el proyecto de conclusión 8 [3] y el comentario correspondiente, párrs. 1 a 18.

[675] Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 138; véase también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 275; Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 90; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), pág. 46; Karl (nota 457 *supra*), págs. 42 y 43; Sorel y Boré Eveno (nota 444 *supra*), págs. 825 y 826, párr. 42; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse «bastante diferentes jurídicamente», véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island* (nota 400 *supra*), págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), pág. 168.

[676] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), pág. 242, párr. 64.

[677] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*).

[678] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 400 *supra*).

[679] Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three» (nota 672 *supra*), pág. 64.

[680] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238, y *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 179, párr. 42.

[681] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

[682] *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, fallo de 15 de junio de 1962 (véase la nota 491 *supra*): «no cabe duda de que, por su conducta, hubo un reconocimiento muy definido […] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción» (pág. 23); «Difícilmente se puede imaginar una afirmación más clara del título por parte de la Indochina francesa» y, por tanto, «exigía una reacción» (pág. 30).

[683] M. G. Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'*île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), págs. 253 y ss., en especial pág. 272.

la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era[684].

31) Por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia, si bien deja abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero coinciden con la práctica reconocida de las partes[685]. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido calificadas de «excepción aislada»[686] o dictadas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta[687].

32) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado bien sentado que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que dejaría de ser la «aplicación» de una disposición convencional existente[688]. La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual «[l]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados».

33) En algunas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la práctica ulterior de las partes puede ser una fuente de modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En un pronunciamiento dictado en 2003 en el asunto *Öcalan c. Turquía* a propósito del pronunciamiento dictado en 1989 en el asunto *Soering c. el Reino Unido*, el Tribunal dijo:

> que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En ese asunto, el Tribunal aceptó que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría entenderse como establecimiento del acuerdo de los Estados contratantes en derogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y, de ese modo, eliminar un límite textual al margen de interpretación evolutiva del artículo 3 ([*Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, 7 de julio de 1989, Serie A, núm. 161], párr. 103)[689].

34) Aplicando el mismo razonamiento, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión en el asunto *Al-Saadoon y Mufdhi c. el Reino Unido*:

> Todos los Estados miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo núm. 13 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados en el respeto de la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido modificado de manera que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal no considera que el enunciado de la segunda frase del artículo 2, párrafo 1, siga siendo un obstáculo a la hora de interpretar las palabras «pena o trato inhumano o degradante» del artículo 3 en el sentido de que incluyen la pena de muerte (compárese con *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)[690].

35) La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales permite llegar a las conclusiones siguientes: la situación de la OMC indica que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en última instancia, la cuestión depende del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión[691].

36) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, es posible extraer la conclusión

---

[684] *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, fallo de 15 de junio de 1962 (véase la nota 491 *supra*), pág. 26: «un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908». El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* demuestra «que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado» (*Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren, pág. 1213, párr. 16); Buga (nota 672 *supra*), en especial la nota 503.

[685] En particular, la opinión consultiva sobre Namibia (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*)) ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas (véase A. Pellet, «Article 38», en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 844, párr. 279, nota 809); véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párrs. 124 a 126.

[686] M. G. Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 34 y ss., en especial pág. 42, con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 a 195, en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, ibíd., vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 1 a 118, en especial págs. 56 y 57, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal de Arbitraje sostuvo, en un *obiter dictum*, «que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo [de 1 de octubre de 1906] si pudiera detectarse una contradicción» (ibíd., pág. 57); pero véase R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), págs. 9 a 32, en especial pág. 20. El Acuerdo firmado en Rafah el 1 de octubre de 1906 aparece reproducido en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, *Case concerning boundary markers in Taba*, apéndice B, pág. 114.

[687] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI (núm. de venta: 69.V.1), págs. 5 a 74, en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 471 *supra*), 37ª sesión de la Comisión Plenaria, 24 de abril de 1968, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 89.

[688] Informes del Órgano de Apelación de la OMC, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* (véase la nota 448 *supra*), párrs. 391 a 393.

[689] *Öcalan v. Turkey*, demanda núm. 46221/99, 12 de marzo de 2003, párr. 191; véase también *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, demanda núm. 61498/08, 2 de marzo de 2010 (final 4 de octubre de 2010), ECHR 2010, párr. 119, donde se menciona *Öcalan v. Turkey* [GC], demanda núm. 46221/99, 12 de mayo de 2005, ECHR 2005-IV, párr. 163, y se cita *Soering v. the United Kingdom* (nota 590 *supra*).

[690] *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (véase la nota 689 *supra*), párr. 120; véase también B. Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 3 (2013), págs. 523 a 556.

[691] Véase Buga (nota 672 *supra*), notas 126 a 132.

de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes «no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico»[692], consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte prefiere aceptar interpretaciones amplias que pueden extender el sentido corriente de los términos del tratado.

37) Esta conclusión, extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sigue la línea de determinadas consideraciones que se articularon durante los debates entre los Estados sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena de 1969[693]. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración de que no se deben soslayar los procedimientos previstos en los tratados para realizar enmiendas recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados[694]. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena de que la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional nacional también ha adquirido desde entonces mayor relevancia[695]. Y, si bien la enmienda o modificación de un tratado por la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales puede quedar en entredicho si un medio informal para identificar un acuerdo como práctica ulterior pudiera modificar fácilmente un tratado[696].

38) En conclusión, aunque en la jurisprudencia internacional existe cierto apoyo a que, en caso de que el tratado no contenga indicaciones en contra, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente puede llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales prefieren tratar de considerar, por todos los medios, una práctica ulterior acordada entre las partes como un esfuerzo por interpretar el tratado de una manera determinada. Estos esfuerzos por interpretar un tratado de manera amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 no concede prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que requiere más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes[697]. En este contexto, una consideración importante es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional en cuestión[698].

Conclusión 8 [3]. Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 [3] aborda el papel que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar en el contexto de la cuestión más general de si el sentido de un término de un tratado es susceptible de evolucionar con el tiempo.

2) En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal[699] se ha planteado tradicionalmente en términos de si un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su celebración (interpretación «contemporánea» o «estática») o a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en

[692] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 681 *supra*), pág. 353, párr. 68.

[693] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) (nota 388 *supra*), párrs. 119 a 121.

[694] Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements…» (nota 675 *supra*), pág. 47; Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), pág. 130.

[695] Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 22 de noviembre de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699ᵉn.html), párrs. 19 a 21; Tribunal Fiscal Federal de Alemania, BFHE, vol. 157, págs. 39 y ss., en especial págs. 43 y 44; ibíd., vol. 227, págs. 419 y ss., en especial pág. 426; ibíd., vol. 181, págs. 158 y ss., en especial pág. 161; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 145 a 148; Álvarez, «Limits of change…» (nota 694 *supra*), pág. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 403 *supra*), págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», ibíd., págs. 165 y 166.

[696] Véase, por ejemplo, Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente…» (nota 683 *supra*), pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

[697] Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 2 [1], párr. 5, y el comentario correspondiente; véase también Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de «interpretación» es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por las cortes o tribunales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 275; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76.

[698] Véase el proyecto de conclusión 8 [3]; en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término «comercio» había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva (*Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66).

[699] T. O. Elias, «The doctrine of intertemporal law», *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 285 y ss.; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001; M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), págs. 101 a 153; M. Kotzur, «Intertemporal law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/EPIL); U. Linderfalk, «Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties», *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2 (2008), págs. 109 y ss.; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

el momento de su aplicación (interpretación «evolutiva» o «dinámica»)[700]. La observación incidental del árbitro Max Huber en el caso *Isla de Palmas*, según la cual «un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época»[701], llevó a muchos tribunales y cortes internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea[702]. Al mismo tiempo, el Tribunal de Arbitraje en el caso *Rin de Hierro* afirmó que había «apoyo general entre los principales tratadistas a una interpretación evolutiva de los tratados»[703].

3) La Comisión, en su comentario acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, consideró en 1966 que «sería difícil formular una norma que abarcase totalmente el elemento temporal» y, por ello, «decidió omitir el elemento temporal»[704]. Del mismo modo, los debates en el seno del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional llevaron a la conclusión, en 2006, de que era difícil formular y convenir una norma general que diera preferencia a un «principio de interpretación contemporánea» o a un principio que reconociera de forma general la necesidad de tener en cuenta el «significado evolutivo» de los tratados[705].

4) No se debe entender que el proyecto de conclusión 8 [3] toma partido con respecto a la idoneidad de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general. El proyecto de conclusión 8 [3] subraya más bien que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier otro medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar una interpretación tanto contemporánea como evolutiva, según proceda. La Comisión, por tanto, llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados «pueden contribuir a determinar si» una interpretación evolutiva es o no adecuada en relación con un término concreto de un tratado.

5) La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales y cortes internacionales que han recurrido a la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque específico para cada caso a la hora de determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32, si conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

6) Se considera que la Corte Internacional de Justicia, en particular, ha seguido dos tendencias en su jurisprudencia, una a favor de una interpretación más «contemporánea» y la otra a favor de una interpretación más «evolutiva», como señaló el Magistrado *ad hoc* Guillaume en su declaración en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[706]. Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo se refieren principalmente a términos específicos de los tratados («repartición de las aguas»[707]; «canal principal o Thalweg»[708]; nombres de lugares[709]; y «desembocadura» de un río[710]). Por otra parte, las causas en las que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionadas con términos más generales. Así ocurre, en particular, con los términos que son, por definición, evolutivos, como las expresiones «las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno» o «el bienestar y desarrollo de esos pueblos» que figuraban en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre *Namibia*, dio a esos términos un sentido evolutivo haciendo referencia a la evolución del derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial[711]. El carácter «genérico» de un término concreto en un tratado[712] y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga «una duración continuada»[713] también pueden dar lugar a un sentido evolutivo.

---

[700] M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation…» (nota 699 *supra*).

[701] *Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, laudo de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards.*, vol. II (núm. de venta: 1949.V.1), págs. 829 a 871, en especial pág. 845.

[702] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 242, párr. 11.

[703] *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway* (véase la nota 402 *supra*), en especial párr. 81; véase, por ejemplo, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), págs. 215 y 216; M. Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation…» (nota 699 *supra*); G. Distefano, «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 115, núm. 2 (2011), págs. 373 a 396, en especial págs. 384 y 389 y ss.; Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule…» (nota 630 *supra*), págs. 174 y ss.; Sorel y Boré Eveno (nota 444 *supra*), págs. 807 y 808, párr. 8; P.-M. Dupuy, «Evolutionary interpretation of treaties: between memory and prophecy», en Cannizzaro (ed.)(nota 443 *supra*), págs. 125 y ss.; Kotzur (nota 699 *supra*), párr. 14.

[704] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 244, párr. 16; Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule…» (nota 630 *supra*), pág. 178.

[705] Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]) (véase la nota 570 *supra*), párr. 478.

[706] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y ss., en especial págs. 294 y ss., párrs. 9 y ss.; véase también *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y 96, párr. 479; informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]) (nota 570 *supra*), párr. 478; resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre «Le problème intertemporel en droit international public», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (período de sesiones de Wiesbaden, 1975), págs. 536 y ss. (disponible en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org).

[707] *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decisión de 21 de octubre de 1994, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXII (núm. de venta: E/F.00.V.7), págs. 3 a 149, en especial pág. 43, párr. 130; véase también, con respecto a la expresión «línea divisoria de las aguas», *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, fallo de 15 de junio de 1962 (nota 491 *supra*), págs. 16 a 22.

[708] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), págs. 1060 a 1062, párrs. 21 y 25.

[709] *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia* (véase la nota 686 *supra*), pág. 110, párr. 3.5.

[710] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 681 *supra*), págs. 338 y 339, párr. 48, y pág. 346, párr. 59.

[711] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*), pág. 31, párr. 53.

[712] *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 77; informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]) (véase la nota 570 *supra*), párr. 478.

[713] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), pág. 243, párr. 66.

7) Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo respecto de la interpretación, aunque muestran diferentes grados de apertura a esa interpretación. El Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido solo ocasionalmente a la interpretación evolutiva. Sin embargo, en un asunto bien conocido sostuvo que «el término genérico "recursos naturales" del párrafo *g*) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino, más bien, "por definición, evolutivo"»[714]. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas obligaciones de velar por algo[715] «puede cambiar con el tiempo»[716] y ha hecho hincapié en que las normas relativas a la responsabilidad de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden seguir la evolución del derecho y «no se consideran estáticas»[717]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido de forma más general que «el Convenio es un instrumento vivo que se debe interpretar […] a la luz de las condiciones de vida actuales»[718]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también de forma más general, sigue un enfoque evolutivo en materia de interpretación, en particular en el marco de su aplicación del principio denominado *pro homine*[719]. En el caso *Rin de Hierro*, el Tribunal de Arbitraje estimó que la viabilidad y la efectividad continuadas de un acuerdo ferroviario transfronterizo multidimensional era una razón importante para aceptar que incluso normas bastante técnicas fueran objeto de una interpretación evolutiva[720].

8) En definitiva, la mayoría de los tribunales y cortes internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta de interpretación, sino que han llegado a esa interpretación evolutiva en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, considerando ciertos criterios (en particular los mencionados en el párrafo 6 *supra*) sobre la base del examen de cada caso. Por tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo debe ser el resultado del proceso ordinario de interpretación de los tratados[721].

9) La Comisión considera que esa situación confirma su planteamiento original de la interpretación de los tratados:

> […] el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes y en que la dilucidación del sentido del texto, y no una investigación *ab initio* de la supuesta intención de las partes, es lo que constituye el objeto de la interpretación […] haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado[722].

En consecuencia, en el proyecto de conclusión 8 [3], la expresión «intención presunta» se entiende como la intención de las partes tal como ha sido determinada mediante la aplicación de los diversos medios de interpretación reconocidos en los artículos 31 y 32. Así pues, la «intención presunta» no es una voluntad original que se pueda identificar por separado; y los trabajos preparatorios no son el elemento de base principal para determinar la intención presunta de las partes, sino que solo son, como indica el artículo 32, un medio de interpretación complementario. Y aunque la interpretación debe tratar de determinar la intención de las partes, el intérprete ha de basarse para ello en los medios de interpretación de los que se disponga en el momento de la interpretación, entre los que figuran los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado. Por tanto, el intérprete tiene que responder a la pregunta de si puede presumirse que las partes tenían la intención, al celebrar un tratado, de atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

10) El proyecto de conclusión 8 [3] no toma partido sobre la cuestión de la conveniencia de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general (véase *supra* el párrafo 4 del comentario). Debe entenderse, sin embargo, que indica la necesidad de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Con ese fin, el proyecto de conclusión 8 [3] señala los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación que pueden ofrecer indicaciones útiles al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación

---

[714] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Camarones* (véase la nota 648 *supra*), párr. 130.

[715] Véase Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 153, párr. 4, y art. 4, párr. 4, del anexo III.

[716] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area* (véase la nota 401 *supra*), párr. 117.

[717] Ibíd., párr. 211.

[718] *Tyrer v. the United Kingdom*, demanda núm. 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1978, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 26, párr. 31.

[719] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (véase la nota 435 *supra*), párr. 114 («Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como [el Tribunal] Europe[o] de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales») [se omiten las notas].

[720] Véanse *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway* (nota 402 *supra*), párr. 80: «En este caso, no se trata de un término conceptual o genérico, sino de avances técnicos en relación con el funcionamiento y la capacidad del ferrocarril»; y *Aegean Sea Continental Shelf* (nota 712 *supra*), pág. 32, párr. 77; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, laudo de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (núm. de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 a 213, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

[721] Como se señala en el informe de 2006 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación, «[e]l punto de partida debe ser […] el hecho de que adoptar una decisión al respecto [de la interpretación evolutiva] es una cuestión de interpretación del propio tratado» (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1] (véase la nota 570 *supra*), párr. 478).

[722] *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 199, párr. 15; véase también el párrafo 13: «El párrafo 3 especifica como otros elementos auténticos de interpretación los siguientes: *a*) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y *b*) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación» (ibíd., pág. 198); por otro lado, en su tercer informe sobre el derecho de los tratados, Waldock explicó que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación (ibíd., documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21).

de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo[723].

11) Ese enfoque se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, que abundan en el mismo sentido. En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para formular las conclusiones que extraía de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación[724]. En la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*, la Corte consideró «significativo» que la práctica administrativa de las Naciones Unidas y el comportamiento de la parte que había invocado la interpretación restrictiva en un contexto diferente confirmaban lo que había considerado el «sentido corriente y genérico» de la expresión «estatuto territorial»[725]. En cualquier caso, las resoluciones en las que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una interpretación evolutiva no se han desviado del posible sentido del texto ni de la intención presunta de las partes en el tratado, como se habían expresado también en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[726].

12) El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* es otro ejemplo de la manera en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes pueden ayudar a determinar si se ha de dar a un término un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. Al interpretar el término «comercio» en un tratado de 1858, la Corte sostuvo:

> Por un lado, la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, puede dar lugar a una desviación de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en que la intención de las partes al celebrar el tratado era […] dar a los términos utilizados […] un sentido o un contenido susceptible de evolucionar, no uno establecido de una vez por todas, a fin de tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional[727].

La Corte entendió después que el término «comercio» era un «término genérico», cuyo «sentido las partes no podían ignorar que era susceptible de evolucionar con el tiempo» y que «el tratado en cuestión [había] sido celebrado para un período muy largo», lo que la llevó a concluir que «las partes presuntamente […] [habían] tenido la intención de atribuir» a ese término «un sentido evolutivo»[728]. En su opinión separada, el Magistrado Skotnikov, aunque discrepaba de ese razonamiento, llegó en última instancia a la misma conclusión al constatar la existencia de una práctica ulterior más reciente de Costa Rica relacionada con el turismo en el río San Juan «durante al menos un decenio» contra la que Nicaragua no había «protestado nunca» sino que había «sistemáticamente autorizado la navegación turística» lo que indicaba, a su juicio, que «las partes [habían] llegado a un acuerdo en cuanto a su interpretación»[729].

13) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha tenido en cuenta, a veces, formas más generales de práctica de los Estados, en particular la evolución de la legislación de los Estados que, a su vez, puede dar lugar a un cambio en la interpretación del alcance de los delitos o sus elementos. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*[730], por ejemplo, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en busca de una definición del delito de violación, prohibido por el artículo 27 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, por el artículo 76, párrafo 1, del primer Protocolo Adicional (Protocolo I) y por el artículo 4, párrafo 2 *e*, del segundo Protocolo Adicional (Protocolo II), examinó los principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo y sostuvo:

> que se puede discernir en la legislación nacional de varios Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos tipificados previamente como delitos comparativamente menos graves, como la agresión sexual o el atentado contra el pudor. Esa tendencia muestra que en el plano nacional los Estados tienden a adoptar una actitud más estricta con respecto a las formas graves de agresión sexual[731].

14) El enfoque del «instrumento vivo» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa, entre otras cosas, en diferentes formas de práctica ulterior[732]. Si bien el Tribunal no requiere por lo general «el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, las resoluciones en las que adopta un enfoque evolutivo suelen estar apoyadas por una relación detallada de práctica (estatal, social y jurídica internacional) ulterior[733].

---

[723] Véase también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 292 a 294; Kolb, *Interprétation et création du droit international* (nota 526 *supra*), págs. 488 a 501; J. Arato, «Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences», *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, núm. 3 (2010), págs. 443 a 494, en especial págs. 444, 445 y 465 y ss.

[724] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*), págs. 30 y 31, párrs. 49 a 51.

[725] *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 712 *supra*), pág. 31, párr. 74.

[726] Véase *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (nota 720 *supra*), págs. 151 y 152, párr. 85.

[727] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), pág. 242, párr. 64. Respecto al Tratado de Límites Territoriales entre Costa Rica y Nicaragua («Tratado de Cañas-Jerez»), San José de Costa Rica, 15 de abril de 1858, véase *Colección de Tratados*, San José, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1907, pág. 159.

[728] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 400 *supra*), pág. 243, párrs. 66 a 68.

[729] Ibíd., opinión separada del Magistrado Skotnikov, págs. 283 y ss., en especial pág. 285, párrs. 9 y 10.

[730] *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, sentencia, 10 de diciembre de 1998, *Judicial Reports 1998*, vol. I, págs. 467 y ss., en particular págs. 581 y ss., párrs. 165 y ss.

[731] Ibíd., párr. 179; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, causa núm. ICTR-96-13-T, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, párrs. 220 y ss., en particular párr. 228 (*Reports of Orders, Decisions and Judgements 2000*, vol. II, págs. 1512 y ss.).

[732] Véase Nolte, «Jurisprudence under special regimes…» (nota 403 *supra*), págs. 246 y ss.

[733] *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 de mayo de 2005 (véase la nota 689 *supra*), párr. 163; *Vo v. France* [GC], demanda núm. 53924/00, 8 de julio de 2004, ECHR 2004VIII, párrs. 4 y 70; *Johnston and Others. v. Ireland*, demanda núm. 9697/82, 18 de diciembre de 1986, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 112, párr. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], demanda núm. 23459/03, 7 de julio de 2011, ECHR 2011, párr. 63; *Soering v. the United Kingdom* (véase la nota 590 *supra*), párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (véase la nota 689 *supra*), párrs. 119 y 120; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (véase la nota 404 *supra*), párr. 76.

15) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de su relativamente poco frecuente mención de la práctica ulterior, tiene en cuenta a menudo evoluciones más generales en el ámbito internacional, enfoque que se sitúa en algún lugar entre la práctica ulterior y «toda norma pertinente» del artículo 31, párrafo 3 *c*[734]. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, por ejemplo, la Corte señaló que:

> […] dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales[735].

16) El Comité de Derechos Humanos también adopta en ocasiones un enfoque evolutivo que se basa en los cambios ocurridos en la práctica de los Estados. Así, en *Judge c. el Canadá*, el Comité abandonó el precedente *Kindler*[736], explicando lo siguiente:

> El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla[737].

En *Yoon y Choi*, el Comité subrayó que el sentido de cualquier derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos evolucionaba con el tiempo y llegó a la conclusión de que el artículo 18, párrafo 3, ofrecía en ese momento al menos algún tipo de protección frente a la obligación de actuar en contra de creencias religiosas genuinas. La razón del Comité para llegar a esa conclusión es que «un número cada vez mayor de los Estados Partes en el Pacto que han conservado el servicio militar obligatorio han introducido alternativas a este servicio»[738].

17) Por último, los tribunales establecidos bajo los auspicios del CIADI han hecho hincapié en que la práctica ulterior puede ser un medio particularmente importante de interpretación de las disposiciones que las partes en el tratado tenían la intención de desarrollar a la luz de la práctica ulterior. En el caso *Mihaly International Corporation c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que:

> Ninguna de las partes afirmó que el Convenio del CIADI contuviera ninguna definición precisa *a priori* de «inversión». Más bien se dejó que la definición se estableciera en la práctica ulterior de los Estados, preservando así su integridad y flexibilidad y permitiendo el futuro desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema de la inversión[739].

18) Así pues, la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales y los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados confirman que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 y 32 «pueden contribuir a determinar» si un «término» tiene «un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo». La palabra «término» no se limita a expresiones específicas (como «comercio», «estatus territorial», «violación» o «inversión»), sino que también puede abarcar conceptos más interrelacionados o transversales (como «por ley» (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o «necesarias» (artículo 18 de ese Pacto), que existen, por ejemplo, en los tratados de derechos humanos). Dado que los «términos» de un tratado son elementos de las normas en él enunciadas, abarcan por tanto las normas en cuestión.

19) Del mismo modo, la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párrafo 3 *b*, y 32 ha contribuido a que los tribunales nacionales realicen interpretaciones más evolutivas o estáticas de un tratado. Por ejemplo, en un asunto relativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia interpretó el término «derechos de custodia» en el sentido de que abarcaba no solo los derechos previstos en la ley sino también «derechos *de facto*». Basándose en un examen de la práctica legislativa y judicial de distintos Estados y en relación con el artículo 31, párrafo 3 *b*, el Tribunal argumentó que esta práctica «ponía de manifiesto un cambio fundamental de actitud» que le había llevado a entender la expresión «derechos de custodia» en su concepción moderna en lugar de interpretarla «con el prisma de 1980»[740]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en una serie de asuntos relativos a la interpretación del Tratado del Atlántico Norte a la luz de los cambios en el contexto de seguridad tras el fin de la Guerra Fría, también sostuvo que

---

[734] Véase, por ejemplo, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia, fondo, 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 4, párr. 151; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (nota 435 *supra*), párrs. 130 a 133 y 137.

[735] *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párr. 146; véase también *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, 14 de julio de 1989, OC10/89, Serie A, núm. 10, párr. 38.

[736] *Kindler c. el Canadá*, dictamen, 30 de julio de 1993, comunicación núm. 470/1991, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/48/40), vol. II, anexo XII, U.

[737] *Judge c. el Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2003, comunicación núm. 829/1998, ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/58/40), vol. II, anexo VI, G, párr. 10.3.

[738] *Yoon y Choi c. la República de Corea* (véase la nota 510 *supra*), párr. 8.4.

[739] *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), laudo y voto particular concurrente, 15 de marzo de 2002, caso núm. ARB/00/2 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 308 y ss., en especial pág. 317, párr. 33 (véase también *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, núm. 1 (2002), págs. 151 y 161); asimismo *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. la República Bolivariana de Venezuela*, decisión sobre la jurisdicción, 27 de septiembre de 2001, caso núm. ARB/00/5 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 439, párr. 97. El texto del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, hecho en Colombo el 20 de septiembre de 1991, puede consultarse en http://investmentpolicyhub.unctad.org, *International Investment Agreements*.

[740] Nueva Zelandia, Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia, *C v. H* [2009] NZCA 100, párrs. 175 a 177, 195 y 196 (Magistrado Baragwanath); véase también el párr. 31 (Magistrado Chambers): «La revisión del texto que fue redactado y acordado en 1980 es simplemente impracticable, puesto que cualquier revisión tendría que ser acordada por un gran número de Estados contratantes. Por lo tanto, los cambios necesarios para adaptarse a las tendencias sociales y de otra índole han de lograrse mediante la evolución de la exégesis y la interpretación. Se trata de un ejercicio permisible habida cuenta de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que también entró en vigor en 1980. El artículo 31, párrafo 3 *b*, permite una interpretación que refleje "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado"». De modo similar: Canadá, Tribunal Supremo: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, párr. 129 (Magistrado Cory).

los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, «pueden adquirir importancia para el significado del tratado» y, en última instancia, entendió que eso era lo que había sucedido[741].

20) Otras decisiones de tribunales nacionales han confirmado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 no necesariamente respaldan la interpretación evolutiva de un tratado. En el asunto *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos abordó la cuestión de si la expresión «lesión corporal» que figuraba en el artículo 17 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional de 1929 abarcaba no solo las lesiones físicas, sino también las psicológicas. El Tribunal, teniendo en cuenta el «comportamiento posterior a 1929» y las «interpretaciones de los signatarios», subrayó que, pese a algunas iniciativas en sentido contrario, la mayoría de las partes siempre había entendido que el término solo recogía las lesiones físicas[742].

Conclusión 9 [8]. Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

1. El peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3, depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad.

2. El peso de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga.

3. El peso de la práctica ulterior como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 puede depender de los criterios mencionados en los párrafos 1 y 2.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 9 [8] identifica algunos criterios que pueden ser útiles para determinar el peso interpretativo que ha de otorgarse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior concretos en el proceso de interpretación en un caso determinado. Naturalmente, el peso atribuido a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior también debe determinarse en relación con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 2 [1], párrafo 5).

Párrafo 1 – peso: claridad, especificidad y otros factores

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de suerte que aborda ambos apartados *a* y *b* desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión «entre otras cosas» indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica[743], la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica ulteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su claridad y especificidad con respecto al tratado correspondiente[744]. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC[745]. El laudo dictado por el Tribunal del CIADI en el caso *Plama c. Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

> Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y perspicaz de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En el decenio de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias […] Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato [de la nación más favorecida] pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI[746].

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados[747]. En este último contexto, conviene tener presente que los derechos y obligaciones

[741] Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 90 (véase la nota 450 *supra*), págs. 363 y 364, párr. 276; ibíd., vol. 104, págs. 151 y ss., en especial págs. 206 y 207.

[742] Estados Unidos de América, Tribunal Supremo, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, 499 U.S. 530, págs. 546 a 549; véase también Reino Unido, Cámara de los Lores, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* (nota 522 *supra*), párrs. 98 y 125 (Lord Hope).

[743] En la causa relativa a la *Controversia marítima (El Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 583 *supra*), pág. 50 párr. 126.

[744] Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (nota 635 *supra*), pág. 91.

[745] Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (nota 485 *supra*), pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 533 *supra*), pág. 259, párr. 74; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la reducción a cero* (nota 493 *supra*); informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Algodón americano* (upland) (nota 410 *supra*), párr. 625.

[746] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, caso núm. ARB/03/24 del CIADI, resolución en materia de competencia, 8 de febrero de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 1 (primavera de 2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195. Por lo que respecta al Tratado Bilateral entre Bulgaria y Chipre sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Nicosia el 12 de noviembre de 1987, véase *Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 de marzo de 1988, pág. 19, también disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org.

[747] Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, demanda núm. 10843/84, 27 de septiembre de 1990, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom* (nota 718 *supra*), párr. 31; *Norris v. Ireland*, demanda núm. 10581/83,

previstos en tratados de derechos humanos se han de incorporar correctamente, dentro de un marco de apreciación determinado, en la legislación, la práctica ejecutiva y los acuerdos internacionales del respectivo Estado parte. A estos efectos, la existencia de elementos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de los Estados partes puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de su restricción. Además, la naturaleza de ciertos derechos u obligaciones a veces induce a tener en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal sostuvo que:

> De las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados Contratantes […] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata […] Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] debe considerarse en ese contexto más amplio[748].

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que «puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida»[749], pero en última instancia afirmó «no estar convencido de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada»[750].

Párrafo 2 – peso: repetición de una práctica

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 9 [8] trata solo de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, y especifica que el peso de la práctica ulterior depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga. La fórmula «de que se repita y de la forma en que lo haga» incorpora el elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición. Indica, por ejemplo, que, según el tratado de que se trate, algo más que una mera repetición mecánica o irreflexiva de una práctica puede contribuir a su valor interpretativo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. El elemento temporal y la naturaleza de la repetición también sirven para indicar el «fundamento» de una determinada posición de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Por otra parte, la no aplicación de un acuerdo ulterior también puede indicar su falta de peso como medio de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*[751].

7) La cuestión de si la «práctica ulterior» a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*[752], requiere más que una aplicación aislada del tratado fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*:

> […] la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie «concordante, común y coherente» de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[753].

8) De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, requiere no solo un «acto o declaración» acerca de la interpretación de un tratado; también un comportamiento de una frecuencia y uniformidad tales que justifique la conclusión de que las partes han llegado a un acuerdo establecido acerca de la interpretación del tratado. Ese umbral supondría que una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*), requiere una práctica colectiva especialmente amplia, asentada y específica en su forma para poder considerar que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación.

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 *b*, con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*[754]. Otros tribunales y cortes internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[755] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[756].

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el enfoque de la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula «concordante, común y coherente» de una publicación[757] en la que se dice que «el valor […] de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente»[758]. La fórmula «concordante, común y coherente» sirve así de orientación en cuanto a las

26 de octubre de 1988, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 142, párr. 46.

[748] *Rantsev v. Cyprus and Russia*, demanda núm. 25965/04, 7 de enero de 2010, ECHR 2010 (extractos), párr. 285; véanse también los párrs. 273 y 274.

[749] *Chapman v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 567 *supra*), párr. 93.

[750] Ibíd., párr. 94.

[751] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 400 *supra*), pág. 63, párr. 131.

[752] Véase, *supra*, el proyecto de conclusión 4, párr. 2.

[753] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 403 *supra*), pág. 16 [se omiten las notas].

[754] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute* (véase la nota 400 *supra*), págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

[755] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional), (véase la nota 538 *supra*), págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

[756] *Soering v. the United Kingdom* (véase la nota 590 *supra*), párr. 103; *Loizidou v. Turkey* (véase la nota 417 *supra*), párrs. 73 y 79 a 82; *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC] (véase la nota 593 *supra*), párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase Fauchald (nota 501 *supra*), pág. 345; véase también A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 2 (2010), págs. 207 a 215.

[757] Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 137; véase también Yasseen (nota 398 *supra*) , págs. 48 y 49; mientras que el término *commune* ha sido tomado de la labor de la Comisión, *d'une certaine constance* y *concordante* son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

[758] Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 137; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional) (véase la nota 538 *supra*), pág. 118, párr. 114.

circunstancias en que la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica[759]. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada[760].

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula «concordante, común y coherente» puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 *b*, y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que «[e]l valor de la práctica ulterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»[761]. Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación ha de ser tenido en cuenta en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*[762].

Párrafo 3 – peso de otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32

12) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 9 [8] versa sobre el peso que debe atribuirse a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3). No aborda cuándo y en qué circunstancias se puede tomar en consideración esa práctica. El Órgano de Apelación de la OMC ha subrayado, en una situación comparable, que esas dos cuestiones deben distinguirse entre sí:

> […] consideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una «circunstancia» de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32[763].

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

> […] en primer lugar, el Grupo Especial *no* examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay *como medio de interpretación complementario* en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario […][764].

Para determinar la «pertinencia» de esa práctica ulterior, el Órgano de Apelación se remitió a «factores objetivos»:

> Entre ell[o]s figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado[765].

13) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término «especificidad», se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de «coherencia», y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. «En general, una práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente *no puede* ser pertinente a la interpretación del sentido de una concesión arancelaria»[766].

14) Otro factor que contribuye a determinar la pertinencia en relación con el artículo 32 puede ser el número de Estados afectados que realizan esa práctica. El Órgano de Apelación ha señalado:

> Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación[767].

Conclusión 10 [9]. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante.

2. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede variar.

---

[759] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 491 *supra*), pág. 187, párr. 169; J.P. Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70, núm. 3 (1966), págs. 644 a 647 (*valeur probatoire*); Distefano, «La pratique subséquente…» (nota 570 *supra*), pág. 46; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), pág. 556, párr. 79; véanse también las alegaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que pueden consultarse en https://www.icj-cij.org/en/case/137/oral-proceedings.pdf, y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponibles en https://www.icj-cij.org/en/case/137/oral-proceedings.pdf.

[760] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático* (véase la nota 417 *supra*), párr. 93.

[761] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15; véase también Cot (nota 759 *supra*), pág. 652.

[762] En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véase E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976*, vol. 152, págs. 377 a 466, en especial pág. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), pág. 166; C. F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations», *British Year Book of International Law 1994*, vol. 65, págs. 175 y ss., en especial pág. 199; Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo, Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 431, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica «en general» no se puede constatar mediante un solo acto: Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 47; Sinclair (nota 398 *supra*), pág. 137; véase asimismo Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States…» (nota 444 *supra*), pág. 310.

[763] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 448 *supra*), párr. 297.

[764] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático* (véase la nota 417 *supra*), párr. 92 [se omite la nota].

[765] *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 448 *supra*), párr. 291 [se omite la nota].

[766] Ibíd., párr. 307 [se omite la nota]; véase también *CE – Equipo informático* (nota 417 *supra*), párr. 95.

[767] *CE – Equipo informático* (véase la nota 417 *supra*), párr. 93.

El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción.

Comentario

Párrafo 1, primera oración – «entendimiento común»

1) La primera oración del párrafo 1 enuncia el principio de que un «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere un entendimiento común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Para que ese entendimiento común tenga el efecto previsto en el artículo 31, párrafo 3, las partes deben reconocerlo y aceptar la interpretación en él contenida. Si bien la diferencia en cuanto a la forma de un «acuerdo» en el sentido del apartado *a* y el apartado *b* ya se ha establecido en el proyecto de conclusión 4 y su comentario[768], en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 [9] se pretende reflejar lo que ambos apartados tienen en común, que es el acuerdo entre las partes, en lo esencial, acerca de la interpretación del tratado.

2) El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, por una parte, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[769], por otra, es el «acuerdo» de todas las partes acerca de la interpretación del tratado. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párrafo 3[770], su función y valor específicos en el proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31[771].

3) Las posturas divergentes expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el Tribunal de Arbitraje en el caso *Deuda externa alemana*, en el que determinó que no podía deducirse la existencia de un «acuerdo ulterior tácito» a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de la administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente[772].

4) No obstante, solo falta acuerdo en la medida en que las posturas de las partes están en conflicto y durante el tiempo en que lo están. Que las partes difieran en la forma en que se aplica un tratado no permite, en sí, inferir la existencia de posturas encontradas acerca de la interpretación del tratado. Esa diferencia puede indicar discrepancias respecto de la única interpretación correcta, pero también puede reflejar simplemente una coincidencia de pareceres en el sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación[773]. Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o sobre los refugiados, suelen tener como objetivo lograr una interpretación uniforme, pero también dejan un margen de discrecionalidad a los Estados.

5) Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que hay acuerdo[774], no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente ambigüedad al comportamiento de dicho Estado. Por ejemplo, en el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje declaró que, si bien hubo un momento en que las partes manifestaron diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado, ese hecho no bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

> De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del Tratado [de Límites de 1881], en la medida en que dichos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. La cuestión no puede ir más allá[775].

6) Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el asunto *Loizidou c. Turquía* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto «confirmados por la práctica ulterior de las Partes Contratantes», es decir, por «la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las Partes Contratantes según el cual los artículos 25 y 46 […] del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas»[776]. El Tribunal, aplicando el artículo 31, párrafo 3 *b*, calificó «esa práctica de los Estados» de «uniforme y coherente», pese a reconocer también que podía haber una excepción en el caso de dos Estados en particular[777]. La decisión indica que, al menos en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existe cierto

---

[768] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10.

[769] Véanse, *supra*, los proyectos de conclusión 3 [2] y 4, párr. 3.

[770] Véase Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 602 *supra*), pág. 30: «No hay motivo alguno para pensar que la palabra "acuerdo" en el apartado *b* tiene un significado diferente del recogido en el apartado *a*».

[771] Véase *supra* el comentario del proyecto de conclusión 2 [1], párrs. 12 a 15; el artículo 31, que debe ser «interpretado en su conjunto», concibe el proceso de interpretación como «una sola operación combinada» y no «establece una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párrs. 8 y 9).

[772] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other* (véase la nota 411 *supra*), págs. 103 y 104, párr. 31; véase también: informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático* (nota 417 *supra*), párr. 95; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau,* laudo de 14 de febrero de 1985, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, vol. XIX (núm. de venta: E/F.90.V.7), págs. 149 a 196, en especial pág. 175, párr. 66.

[773] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 7, párrs. 12 a 15.

[774] *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (véase la nota 533 *supra*), pág. 258, párr. 70; Kolb, «La modification d'un traité…» (nota 686 *supra*), pág. 16.

[775] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 491 *supra*), pág. 188, párr. 171. Por lo que respecta al Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile, firmado en Buenos Aires el 23 de julio de 1881, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2384, núm. 1295, pág. 205.

[776] *Loizidou v. Turkey* (véase la nota 417 *supra*), párrs. 79 y 80.

[777] Ibíd., párrs. 80 y 82; el asunto no se refería a la interpretación de un derecho humano particular, sino a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

margen de discrecionalidad al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes acerca de una interpretación en particular[778].

7) El término «acuerdo» que figura en la Convención de Viena de 1969[779] no implica ningún requisito de forma[780], ni siquiera el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[781]. No obstante, la Comisión, a fin de distinguir entre un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y una práctica ulterior por la cual «conste el acuerdo» de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un «acto común único»[782]. No es preciso que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas[783].

8) Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31, párrafo 3, no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación del tratado; las partes deben también saber y aceptar que esas posiciones son comunes. Por ello, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que para que existiera una práctica en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, era necesario que «las autoridades […] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el Tratado [de 1890]»[784]. Solo el conocimiento y la aceptación de la posición de las otras partes acerca de la interpretación de un tratado justifica, de hecho, que se considere el acuerdo previsto en el artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, como un medio «auténtico» de interpretación[785]. En determinadas circunstancias, cabe presumir el conocimiento y la aceptación de la posición de la otra parte o las otras partes, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional.

Párrafo 1, segunda oración – posibles efectos jurídicos del acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a *y* b

9) El objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el «acuerdo» del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo[786], a diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en que el término «acuerdo» se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante[787].

10) Así lo confirma la Comisión en el texto definitivo de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión «toda práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el *acuerdo** (*understanding*) de las partes»[788]. El uso del término *understanding* en la versión en inglés indica que la palabra *agreement* utilizada en el texto en inglés del artículo 31, párrafo 3, no requiere que las partes asuman o establezcan una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este[789]. La Conferencia de Viena sustituyó *understanding* (acuerdo) por *agreement* (acuerdo) en la versión en inglés no por motivos sustantivos, sino «como mera cuestión de redacción», a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su «común» acuerdo[790].

---

[778] La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente, véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping («reducción a cero»)*, WT/DS294/R, adoptado el 9 de mayo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/R, párr. 7.218: «[…] aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [determinada] práctica […], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. […] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas […]».

[779] Véanse los artículos 2, párrafo 1 *a*, 3, 24, párrafo 2, 39 a 41, 58 y 60.

[780] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5; confirmado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, que se puede consultar en www.pca-cpa.org, pág. 47, párr. 165; Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 45; Distefano, «La pratique subséquente…» (nota 570 *supra*), pág. 47.

[781] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 231 y 232 y 243 a 247; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 213; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), pág. 554, párr. 75; R. Gardiner, «The Vienna Convention rules on treaty interpretation», en D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 475 y 483.

[782] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10; un «acto común único» puede también consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 de junio de 1990, ILR, vol. 105 (1997), págs. 1 y ss., en especial págs. 54 a 56; Fox (nota 444 *supra*), pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 248 y 249.

[783] Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (nota 468 *supra*), págs. 789 y 790.

[784] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), pág. 1094, párr. 74 («ocupación de la isla por la tribu masubia»), y págs. 1077 y 1078, párr. 55 («informe Eason», el cual «al parecer nunca fue remitido a Alemania»); Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), pág. 560, párr. 88.

[785] En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (nota 419 *supra*), págs. 53 a 55.

[786] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6; P. Gautier, «Non-binding agreements», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/epil), párr. 14; Benatar (nota 444 *supra*), págs. 194 y 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 244; véase también Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States…» (nota 444 *supra*), pág. 375.

[787] Véanse los artículos 2, párrafo 1 *a*, 3, 24, párrafo 2, 39 a 41, 58 y 60.

[788] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

[789] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 491 *supra*), pág. 187, párr. 169; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other* (véase la nota 411 *supra*), págs. 103 y 104, párr. 31; Karl (nota 457 *supra*), págs. 190 a 195; Kolb, «La modification d'un traité…» (nota 686 *supra*), págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), págs. 169 a 171.

[790] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 471 *supra*), 31ª sesión, 19 de abril de 1968, pág. 186, párr. 59 (Australia); P. Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», en N. Angelet y otros (dirs.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit - Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 425 a 454, en especial págs. 430 y 431: *«La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme «accord» est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au «traité» défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi,*

Dado que solo se distingue del acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, en la forma y no en el fondo, el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, tampoco tiene que ser jurídicamente vinculante[791].

11) Por tanto, basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, atribuyan un determinado sentido al tratado[792] o, en otras palabras, adopten un cierto «acuerdo» (*understanding*) respecto del tratado[793]. Así pues, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación en el sentido del artículo 31[794]. En consecuencia, los tribunales y cortes internacionales no han exigido que el «acuerdo» a que se hace referencia en el artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes[795]. Del mismo modo, en ocasiones, los memorandos de entendimiento han sido reconocidos por su «contribución potencialmente importante a la interpretación», pero «no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes»[796].

12) Algunos miembros consideraron, por otra parte, que el término «acuerdo» tiene el mismo sentido en todas las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Según esos miembros, dicho término designa todo entendimiento que tenga efectos jurídicos entre los Estados de que se trate y la jurisprudencia a la que se hace referencia en el presente comentario no contradice esa definición. Tal definición no impediría que se tuviera en cuenta, a los fines de la interpretación, un entendimiento legalmente vinculante en el sentido del artículo 32.

Párrafo 2 – formas de participación en la práctica ulterior

13) La primera oración del párrafo 2 confirma el principio de que no todas las partes deben seguir una práctica en particular para que ello constituya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. La segunda oración aclara que, en determinadas circunstancias, el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de esa práctica por las partes que no la siguen.

14) Desde el principio, la Comisión ha reconocido que un «acuerdo» que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31, párrafo 3 *b*, puede ser producto, en parte, del silencio o la inacción de una o más partes. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión «el acuerdo (*understanding*) de las partes» en el proyecto de artículo 27, párrafo 3 *b* (que posteriormente pasó a ser *agreement* (acuerdo) en el artículo 31, párrafo 3 *b* (véase el párrafo 10 *supra*)), y no la expresión «el acuerdo (*understanding*) de *todas* las partes», la Comisión:

> [e]stimó que la expresión «el acuerdo de las partes» se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra «todas» simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado[797].

15) En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia también reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la inacción, al afirmar que, cuando era «evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable», se debía considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había «dado su asentimiento»[798]. El planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores[799] y respaldado por la doctrina en

l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique» [se ha omitido la nota de pie de página].

[791] Véase Gautier, «Non-binding agreements» (nota 786 *supra*), párr. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), págs. 211 y 213.

[792] Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 58 y 59, párrs. 18 y 19).

[793] Véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 243 y 244, párrs. 15 y 16 (utiliza el término *understanding* en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párrafo 3 *a*, como del artículo 31, párrafo 3 *b*).

[794] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV (núm. de venta: E/F.04.V.18), págs. 1 a 359, en especial pág. 131, párr. 6.8; Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (nota 468 *supra*), págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 449 *supra*), pág. 173; Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), págs. 110 a 113; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne…» (nota 790 *supra*), pág. 434.

[795] Por ejemplo, «modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación» (informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 403 *supra*), pág. 16); o «pauta […] [que] implique un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición respectiva» (informes del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, adoptado el 21 de septiembre de 2010, párr. 7.558); o «… práctica [que] refleja un acuerdo sobre la interpretación» (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención) (véase la nota 538 *supra*), pág. 119, párr. 116); o que «la práctica de los Estados […] indica la falta de posicionamiento de los Estados contratantes» (*Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC] (véase la nota 593 *supra*), párr. 62).

[796] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (véase la nota 794 *supra*), pág. 131, párr. 6.8; véase también *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway* (nota 402 *supra*), pág. 98, párr. 157.

[797] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

[798] *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, fallo de 15 de junio de 1962 (véase la nota 491 *supra*), pág. 23.

[799] *Oil Platforms* (véase la nota 585 *supra*), pág. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (competencia y admisibilidad), fallo de 26 de noviembre de 1984 (véase la nota 491 *supra*), pág. 410, párr. 39; *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 730 *supra*), párr. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (véase la nota 748 *supra*), párr. 285; con reservas: informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 448 *supra*), párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, laudo núm. 30-16-3 (18 de marzo de 1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other* (nota 411 *supra*), en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

general[800]. Las «circunstancias» que «requieran alguna reacción» incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado[801].

16) En el caso *Canal de Beagle*[802], el Tribunal de Arbitraje examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el Tribunal afirmó que:

> Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un «acuerdo». En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado [de Límites de 1881]; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción[803].

En el mismo caso, el Tribunal de Arbitraje estimó que:

> La mera publicación de una serie de mapas de valor y mérito sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir […] que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto de los derechos que le confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al Tratado[804].

17) La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (*el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial*), la Corte Internacional de Justicia afirmó:

> Algunas de esas actividades —la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia— podían considerarse normalmente actos de soberanía. No obstante, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona del lago, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria[805].

18) Este fallo indica que, en los casos relativos a tratados que delimitan una frontera, solo muy excepcionalmente las circunstancias exigirán una reacción con respecto a comportamientos contrarios a la delimitación. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio o la inacción no constituyen aceptación de una práctica[806].

19) El valor del silencio o la inacción a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales demuestran que no es fácil establecer la aceptación de una práctica por una o más partes en razón de su silencio o inacción.

20) Los tribunales y cortes internacionales, por ejemplo, se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias de los tribunales nacionales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático[807].

21) Además, aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, ponga de manifiesto cierta posición con respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la tarea de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido, no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia[808]. El motivo fue que las partes habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido que:

> […] en determinadas situaciones específicas, la «falta de reacción» o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella[809].

El TIDM ha confirmado este enfoque. Teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la interpretación de los

---

[800] Kamto (nota 534 *supra*), págs. 134 a 141; Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 267; Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), pág. 431, párr. 22; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 557 a 559, párrs. 83 y 86.

[801] Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto (nota 534 *supra*), pág. 136.

[802] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 491 *supra*).

[803] Ibíd., pág. 187, párr. 169 *a*.

[804] Ibíd., pág. 188, párr. 171.

[805] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening),* fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 681 *supra*), pág. 353, párr. 67.

[806] Ibíd., pág. 351, párr. 64: «Sin embargo, la Corte observa que ahora que ha formulado sus conclusiones de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada […], de ello se desprende necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser ciertamente evaluadas para determinar sus consecuencias jurídicas en calidad de actos *contra legem*»; véase también *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63; *Delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (véase la nota 720 *supra*), en especial pág. 181, párr. 70.

[807] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 400 *supra*), págs. 650 y 651, párr. 48; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 448 *supra*), párr. 334 («el mero acceso a una sentencia publicada no puede equiparse a la aceptación»).

[808] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 400 *supra*), págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

[809] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo* (véase la nota 448 *supra*), párr. 272 [se omite la nota].

artículos 56, 58 y 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tribunal declaró:

> El Tribunal reconoce que la legislación nacional de varios Estados, no solo en la región de África Occidental, sino también en otras regiones del mundo, regula el aprovisionamiento de los buques extranjeros que pescan en sus zonas económicas exclusivas de manera comparable a la de Guinea-Bissau. El Tribunal observa asimismo que no hay ninguna objeción manifiesta a dicha legislación que, en general, se cumple[810].

22) Decisiones de tribunales nacionales han reconocido también que el silencio de una parte en un tratado solo puede interpretarse como aceptación «si las circunstancias requieren algún tipo de reacción»[811]. A veces, esas circunstancias se han reconocido en determinados contextos cooperativos, por ejemplo en el marco de un tratado bilateral que prevé una forma particularmente estrecha de cooperación[812]. Esto puede ser diferente si el tipo de cooperación que se contempla en el tratado tiene lugar en el contexto de una organización internacional cuyas normas impiden utilizar la práctica de las partes, y su silencio, a los efectos de la interpretación[813].

23) El posible valor jurídico del silencio o la inacción ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la doctrina de los actos propios (*estoppel*), la preclusión o la prescripción[814].

24) El acuerdo que conste entre las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, puede, en algún momento, darse por terminado. Las partes pueden sustituirlo por otro acuerdo de diferente alcance o contenido en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir de la fecha de su existencia, al menos con efectos en el futuro[815]. No obstante, esas situaciones no se deben presumir a la ligera, ya que los Estados no suelen cambiar su interpretación de un tratado en función de consideraciones a corto plazo.

25) También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado después de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. No obstante, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior previo, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común[816]. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto de un entendimiento anterior derivado de una práctica común «sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica […] desde ese momento», sin no obstante restarle importancia a la práctica común anterior[817].

Cuarta parte

ASPECTOS ESPECÍFICOS

Conclusión 11 [10]. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

1. Una conferencia de Estados partes, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de Estados partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo que actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o dar lugar a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluido el consenso.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 [10] se refiere a un tipo particular de actuación de los Estados que puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32, a saber, las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes[818].

Párrafo 1 – definición de las conferencias de Estados partes

2) Los Estados suelen utilizar las conferencias de Estados partes como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados

[810] *The M/V «Virginia G» Case (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia de 14 de abril de 2014, *ITLOS Reports 2014*, párr. 218.

[811] Suiza, Tribunal Federal, sentencia de 17 de febrero de 1971, BGE, vol. 97 I, págs. 359 y ss., en especial págs. 370 y 371.

[812] Véase Estados Unidos de América, Tribunal Supremo, *O'Connor v. United States* (nota 432 *supra*), págs. 33 a 35; Alemania, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE, vol. 59, págs. 63 y ss., en especial págs. 94 y 95.

[813] Véase Reino Unido, Tribunal Supremo: por una parte, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, párrs. 68 a 71 (Lord Phillips); y, por otra, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania* [2013] UKSC 71, párrs. 39 a 43 (Lord Mance).

[814] *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 578 *supra*), pág. 182 (opinión separada del Magistrado Spender).

[815] Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo conforme al artículo 31, párrafo 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen (nota 398 *supra*), pág. 47.

[816] Karl (nota 457 *supra*), pág. 151.

[817] *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 583 *supra*), pág. 56, párr. 142.

[818] También se las conoce como Reuniones de las partes o Asambleas de los Estados partes.

multilaterales[819]. En líneas generales, esas conferencias pueden dividirse en dos categorías básicas. En primer lugar, algunas conferencias son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano (por ejemplo, las reuniones de los Estados partes de la OMC, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), o la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI))[820]. Esas conferencias de Estados partes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 11 [10], que no se refiere a la práctica ulterior de organizaciones internacionales, o en el ámbito de organizaciones internacionales[821]. En segundo lugar, otras conferencias de Estados partes se convocan en cumplimiento de lo dispuesto en tratados que no establecen una organización internacional; más bien, el tratado simplemente prevé reuniones más o menos periódicas de los Estados partes para su examen y aplicación. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y el comportamiento ulterior de estos en relación con el tratado. Cualquier tipo de conferencia de Estados partes también puede tener competencias específicas en relación con la enmienda y/o reforma de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, de 1972[822], la Conferencia de examen con arreglo al artículo VIII, párrafo 3, del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, de 1968[823], y las conferencias de Estados partes establecidas por tratados internacionales sobre el medio ambiente[824]. La Comisión Ballenera Internacional, establecida en virtud del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, de 1946[825], es un caso límite entre las dos categorías básicas de conferencias de Estados partes, y su práctica ulterior se examinó en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*[826].

3) Habida cuenta de que suelen ser establecidas por tratados, las conferencias de Estados partes son, en cierto sentido, «órganos creados en virtud de tratados». Sin embargo, no deben confundirse con los órganos integrados por expertos independientes o los órganos con un número limitado de miembros. Las conferencias de Estados partes son reuniones más o menos periódicas abiertas a todas las partes en un tratado.

4) A fin de reconocer la gran variedad de conferencias de Estados partes y las normas por las que se rigen, el párrafo 1 establece una amplia definición del concepto de «conferencia de Estados partes» a los efectos del presente proyecto de conclusiones, que solo excluye la actuación de los Estados en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional (que será objeto de un proyecto de conclusión ulterior).

Párrafo 2, primera oración – efectos jurídicos de las decisiones

5) La primera oración del párrafo 2 reconoce que la importancia jurídica de los actos realizados por las conferencias de Estados partes depende, en primer lugar, de las normas que rigen las conferencias de Estados partes, en particular del tratado constitutivo y del reglamento aplicable. Las conferencias de Estados partes realizan diversos actos, como el examen de la aplicación del tratado, el examen del tratado en sí, y la adopción de decisiones en el marco de procedimientos de enmienda[827].

---

[819] Véase V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 605 (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil); R. R. Churchill y G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *American Journal of International Law*, vol. 94, núm. 4 (2000), págs. 623 a 659; J. Brunnée, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1 (2002), págs. 1 a 52; A. Wiersema, «The new international lawmakers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, núm. 1 (2009), págs. 231 a 287; L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, núm. 6 (2009), págs. 293 a 298.

[820] Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (1994); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993); Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944).

[821] Véase el proyecto de conclusión 12 [11] *infra*.

[822] Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, art. XI. Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para «examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención […] En ese examen se tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención» (art. XII).

[823] En el artículo VIII, párrafo 3, del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado y, si así se decide, en lo sucesivo a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia «a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado». Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

[824] Algunos ejemplos: la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997) y la Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (1971).

[825] A menudo se dice que en el Convenio se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y el Convenio atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que se encuadran en la definición actual de Conferencia de Estados partes.

[826] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), pág. 248, párr. 46.

[827] Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: art. 6, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 10 *bis* (Protocolo de Enmienda de 1982, art. 1), sobre las enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: art. 7, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 15, sobre las enmiendas; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 13, párr. 4, sobre las competencias de examen de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Protocolo de Kyoto, y art. 20, sobre los procedimientos de enmienda; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, art. XI, sobre la Conferencia de las Partes, y art. XVII, sobre los procedimientos de enmienda; Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares; Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, art. 23, párr. 5 (competencias de examen), art. 28 (enmiendas) y art. 33 (protocolos).

6) Las competencias de las conferencias de Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales, en disposiciones específicas o en ambas. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático comienza con la siguiente formulación general, antes de enumerar 13 tareas específicas de la Conferencia, una de las cuales se refiere al examen de las obligaciones de las partes en el tratado:

La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención.

7) Diversos tratados contienen disposiciones específicas en que se hace referencia a una conferencia de las partes que propondrá «directrices» para la aplicación de determinadas disposiciones del tratado[828] o determinará «los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes» para un plan de aplicación del tratado[829].

8) Los procedimientos de enmienda (en un sentido amplio del término) pueden ser procedimientos que permiten enmendar el texto principal del tratado (cuyo resultado en la mayoría de los casos debe ser ratificado por los Estados partes con arreglo a los procedimientos establecidos en sus constituciones), y procedimientos de aceptación tácita y renuncia expresa[830], que suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente[831].

9) Como punto de partida, en el párrafo 2 se establece que el efecto jurídico de una decisión adoptada en una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado en cuestión y, en su caso, del reglamento aplicable. El término «principalmente» deja margen para las normas subsidiarias, «salvo» o «a menos» que «el tratado disponga otra cosa» (véanse, por ejemplo, los artículos 16, 20, 22, párrafo 1, 24, 70, párrafo 1, y 72, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969). La expresión «en su caso» aclara que el reglamento de la conferencia de Estados partes, cuando exista, se aplicará teniendo en cuenta que puede haber situaciones en que las conferencias lleven a cabo su labor sin haber aprobado específicamente un reglamento[832].

Párrafo 2, segunda oración – las decisiones pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior

10) La segunda oración del párrafo 2 reconoce que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior para la interpretación de los tratados en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes pueden desempeñar una función importante en la determinación del acuerdo común de las partes en cuanto al sentido del tratado.

11) Las decisiones de las conferencias de Estados partes, entre otras cosas, pueden constituir o reflejar acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, por los cuales las partes interpretan el tratado básico. Por ejemplo, la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción ha adoptado periódicamente «acuerdos adicionales» sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido adoptados por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, por consenso, y «han abordado todos los artículos del tratado para responder a inquietudes concretas a medida que se planteaban»[833]. Mediante esos acuerdos, los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención definiendo, especificando o explicando de algún otro modo el sentido y alcance de las disposiciones, así como adoptando directrices sobre su aplicación. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas[834] define un «acuerdo adicional» como aquel que:

a) interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o

b) da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición[835].

12) De manera análoga, la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias ha aprobado resoluciones que interpretan ese instrumento. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a petición de los órganos rectores, formuló la siguiente observación con respecto a una «resolución interpretativa» de la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio:

Según el artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados […], para los efectos de la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre

[828] Artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

[829] El artículo 17 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es un ejemplo; véase Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…» (nota 819 *supra*), pág. 639; J. Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», en R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 110 a 115.

[830] Véase J. Brunnée, «Treaty amendments», en Hollis (ed.) (nota 781 *supra*), págs. 354 a 360.

[831] Ibíd.

[832] Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

[833] Véase P. Millett, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, núm. 1 (2010), págs. 25 a 43, en especial pág. 33.

[834] La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados Partes para prestar apoyo administrativo a la Conferencia de Examen y promover las medidas de fomento de la confianza entre los Estados partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), parte III (Decisiones y recomendaciones), párr. 5).

[835] Documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención, titulado «Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la Convención» (BWC/CONF.VII/INF.5) (actualizado para incluir los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012), párr. 1.

que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las Partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las partes[836].

13) En esa misma línea, el Asesor Jurídico de la OMS ha manifestado en términos generales que:

Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un «acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado», tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena[837].

14) Los autores también han interpretado que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir acuerdos ulteriores[838] y al respecto han señalado lo siguiente:

Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado[839].

15) En relación con la función desempeñada por la Comisión Ballenera Internacional en el marco del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

El artículo VI del Convenio establece que «[l]a Comisión podrá, llegado el caso, hacer recomendaciones a alguno o algunos de los Gobiernos contratantes, o a todos ellos, en cualesquiera materias relativas a ballenas o a la caza de ballenas y a los objetivos y fines del presente Convenio». Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación del Convenio o su anexo[840].

16) Los ejemplos que figuran más abajo, extraídos de la práctica de las conferencias de Estados partes, respaldan la afirmación de que las decisiones adoptadas por esas conferencias pueden constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*.

17) El artículo I, párrafo 1, de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción establece que cada Estado parte se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.

18) En la Tercera Conferencia de Examen (1991), los Estados partes señalaron que las prohibiciones establecidas en esta disposición se refieren a «agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxínicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano»[841].

19) El artículo 4, párrafo 9, del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono ha suscitado un debate sobre el significado de la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo». De conformidad con esa disposición:

A los efectos del presente artículo, la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá, por lo que respecta a cualquier sustancia controlada, a todo Estado u organización de integración económica regional que no haya convenido en aceptar como vinculantes las medidas de control vigentes en relación con dicha sustancia.

20) En el caso de los hidroclorofluorocarbonos, dos enmiendas pertinentes del Protocolo de Montreal[842] imponen obligaciones que suscitaron la duda de si para que un Estado «no sea Parte en este Protocolo» debe no serlo en ninguna de esas dos enmiendas. La Reunión de las Partes decidió que:

La expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing[843].

---

[836] Punto 4 del orden del día (Fertilización de los océanos), presentado por la secretaría de la OMI en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3.

[837] Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, «Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: Asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo», nota del Asesor Jurídico de la OMS relativa al ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (OMS, documento FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, anexo, párr. 8); véase también S. F. Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, núm. 1 (2010), págs. 121 a 183.

[838] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 83 (en relación con el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), págs. 213 y 214.

[839] B. M. Carnahan, «Treaty review conferences», *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 1 (1987), págs. 226 a 230, en especial pág. 229.

[840] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), pág. 248, párr. 46.

[841] Documento Final de la Tercera Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Ginebra, 9 a 27 de septiembre de 1991 (BWC/CONF.III/23), parte II, Declaración Final, pág. 11.

[842] Enmienda de Copenhague (1992) y Enmienda de Beijing (1999) al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.

[843] Decisión XV/3 relativa a las obligaciones de las partes en la Enmienda de Beijing dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos; la propia definición se ha formulado de la siguiente manera: «[…] *a*) La expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo" que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las Enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; *b*) La expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo" incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing; *c*) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo", se aplicará lo dispuesto en el inciso *b* del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii)

21) Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita[844] no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias. En su 16ª reunión, celebrada en 1993, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita previsto en el Convenio[845]. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren[846]. La enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes, en que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que «el Convenio de Londres sobre vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar»[847], y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución «amplía efectivamente la definición de "vertimiento" del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles»[848]. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

22) El artículo 17, párrafo 5, del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación establece que «[l]as enmiendas […] entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido el instrumento de su ratificación, aprobación, confirmación formal o aceptación por tres cuartos, como mínimo, de las Partes que [las] hayan aceptado […]». A raíz de una iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza, la Conferencia de las Partes decidió aclarar el requisito de la aceptación por tres cuartos de las partes y convino en que:

> sin perjuicio de otros acuerdos ambientales multilaterales, el párrafo 5 del artículo 17 del Convenio de Basilea se interprete en el sentido de que, para que la enmienda entre en vigor, deben aceptarla tres cuartos de los países que eran Partes en el momento de su aprobación y hace notar que esta interpretación del párrafo 5 del artículo 17 no obliga a ninguna Parte a ratificar la Enmienda sobre la prohibición[849].

Las partes adoptaron esa decisión sobre la interpretación del artículo 17, párrafo 5, por consenso, y muchos Estados partes destacaron que la conferencia de las partes en cualquier convenio era «la autoridad máxima en cuanto a su interpretación»[850]. Aunque de ello parece desprenderse que la decisión constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, la decisión se tomó tras debatir si era necesaria una enmienda formal al Convenio para alcanzar ese resultado[851]. Cabe señalar también que la delegación del Japón, pidiendo que sus palabras se reflejaran en el informe de la Conferencia, dijo que «respaldaba el criterio del "momento actual" adoptado para interpretar las disposiciones del Convenio relativas a la entrada en vigor de las enmiendas, que se describían en la opinión jurídica proporcionada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas como Depositario[852], y había aceptado el criterio del "momento actual" enunciado en la decisión sobre la iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza *solo en este caso en particular**»[853].

23) Los ejemplos anteriores demuestran que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, u originar una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o una práctica ulterior en el sentido del artículo 32 si no reflejan el acuerdo de las partes. No obstante, el correspondiente carácter de una decisión de una conferencia de Estados partes siempre debe determinarse cuidadosamente. A tal fin, es preciso tener en cuenta la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de

supra, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005, en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición de "Estado que no sea Parte en este Protocolo" hasta la conclusión de la 17ª Reunión de las Partes» (Informe de la 15ª Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (UNEP/OzL. Pro.15/9), cap. XVIII, secc. A, decisión XV/3, párr. 1).

[844] Véase, *supra*, el párrafo 8 del presente comentario.

[845] Véanse las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16), de 12 de noviembre de 1993, aprobadas en la 16ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1775, núm. 15749, pág. 395). En primer lugar, la Reunión decidió enmendar la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último, decidió sustituir el párrafo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas; véase también «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO* (OMI, julio de 1997), pág. 11.

[846] Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias «constituyen cambios fundamentales al Convenio» (Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…» (nota 819 *supra*), pág. 638).

[847] OMI, Informe de la 13ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (LDC 13/15), anexo 7, resolución LDC.41 (13), párr. 1.

[848] Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements…» (nota 819 *supra*), pág. 641.

[849] Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (Cartagena (Colombia), 17 a 21 de octubre de 2011), UNEP/CHW.10/28, anexo I, Decisión BC-10/3 (Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea), párr. 2.

[850] Ibíd., cap. III.A, párr. 65.

[851] Véase G. Handl, «International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies», en Wolfrum y Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 829 *supra*), págs. 127 a 143, en especial pág. 132.

[852] De conformidad con el «criterio del momento actual» empleado por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, cuando un tratado no especifica nada o no es claro al respecto, «[l]a práctica del Secretario General es calcular el número de aceptaciones teniendo en cuenta el número de partes en el tratado en el momento en que se depositó cada instrumento de aceptación de una enmienda». Véanse los fragmentos extraídos del memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas de fecha 8 de marzo de 2004, disponibles en inglés en www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

[853] Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea, UNEP/CHW.10/28 (véase la nota 849 *supra*), párr. 68.

la conferencia de Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad y la forma en que se aplica. A menudo, las partes no tienen la intención de que tal decisión tenga particular trascendencia.

Párrafo 2, tercera oración – las decisiones pueden ofrecer una diversidad de opciones prácticas

24) La última oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 [10] recuerda al intérprete que las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad de opciones prácticas para la aplicación del tratado. Esas decisiones no constituyen necesariamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado, aunque se hayan tomado por consenso. De hecho, las conferencias de Estados partes a menudo no tratan explícitamente de resolver o abordar cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.

25) A título de ejemplo, cabe referirse a una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Los artículos 9 y 10 del Convenio se centran en la reglamentación del contenido de los productos de tabaco y la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco, respectivamente. Habida cuenta de que esas medidas requieren cuantiosos recursos financieros, en la sección dedicada a las «Consideraciones de orden práctico» en relación con la aplicación de los artículos 9 y 10, los Estados partes acordaron «algunas opciones que las Partes, si lo juzgaran oportuno, podrían utilizar», a saber:

a) impuestos sobre el tabaco para fines específicos;

b) derechos por expedición de licencias de fabricación y/o importación de tabaco;

c) derechos por registro de productos de tabaco;

d) expedición de licencias a distribuidores y/o minoristas de tabaco;

e) sanciones por incumplimiento impuestas a la industria tabacalera y a los minoristas de tabaco; y

f) derechos anuales para las actividades de vigilancia del tabaco (industria tabacalera y minoristas)[854].

Esa decisión contiene una enumeración no exhaustiva de opciones prácticas para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Ahora bien, las partes acordaron implícitamente de ese modo que las «opciones» enumeradas serían, en general, compatibles con el Convenio.

Párrafo 2 en su totalidad

26) De lo anterior se desprende que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden producir distintos efectos jurídicos. A menudo esas decisiones no pretenden ser en sí mismas un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, porque su objeto no es constituir una declaración acerca de la interpretación del tratado. En otros casos las partes dejan suficientemente claro que la decisión de la conferencia de Estados partes refleja el acuerdo al que han llegado acerca de la interpretación del tratado. También pueden producir efectos juntamente con una obligación jurídica de cooperar con arreglo al tratado, «por lo que [las partes] deben tener debidamente en cuenta» dicha decisión[855]. En cualquier caso, no puede afirmarse simplemente que, porque un tratado no reconozca a la conferencia de Estados partes competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, sus decisiones sean necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y constituyan solamente compromisos políticos[856].

27) En último término, el efecto de las decisiones de las conferencias de Estados partes depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular y esas decisiones deben interpretarse adecuadamente. Un elemento importante puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de Estados partes. La práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de Estados partes puede ser indicio de que los Estados no asumen que la decisión constituya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*[857]. Las decisiones de la conferencia de Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, ni práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, pueden, sin embargo, constituir un medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32[858].

Párrafo 3 – un acuerdo acerca de la interpretación del tratado

28) El párrafo 3 establece el principio de que los acuerdos acerca de la interpretación de un tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3, deben referirse al contenido de dicho tratado. Así pues, lo importante es el fondo del acuerdo expresado en la decisión de la conferencia de Estados partes, y no la forma o el procedimiento por el que se llega a esa decisión. Los actos que se originan en las conferencias de Estados partes pueden tener distintas formas y designaciones y ser el resultado de procedimientos distintos. Las conferencias de Estados partes pueden incluso llevar a cabo su labor sin un reglamento aprobado formalmente[859]. Si la decisión de la conferencia de los

[854] Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (*Reglamentación del contenido de los productos de tabaco y de la divulgación de información sobre los productos de tabaco*), FCTC/COP4(10), anexo, aprobadas en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Punta del Este (Uruguay), 15 a 20 de noviembre de 2010), FCTC/COP/4/DIV/6, pág. 54, directriz 2.3.

[855] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), pág. 257, párr. 83.

[856] Ibíd., pág. 248, párr. 46.

[857] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párrs. 23 y 24.

[858] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*) (opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, pág. 454, párr. 4: «Observo que las resoluciones aprobadas en una votación de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encajen dentro del ámbito de aplicación del artículo 31.3 de la Convención de Viena»).

[859] La Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aplica provisionalmente el proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (FCCC/CP/1996/2), con excepción del proyecto de artículo 42 en el capítulo sobre «Votaciones», ya que hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo respecto de las dos alternativas de votación

Estados partes se basa en una votación unánime en la que participan todas las partes, es evidente que puede constituir un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, siempre que esa decisión sea «acerca de la interpretación del tratado».

29) No obstante, las decisiones de las conferencias de Estados partes sobre las funciones de examen y aplicación suelen adoptarse por consenso. Esta práctica resulta de reglamentos que normalmente exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr un consenso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento Provisional de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción. De conformidad con el artículo 28, párrafo 2, del Reglamento:

> Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso[860].

Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de Estados partes.

30) A fin de disipar cualquier preocupación acerca de las decisiones adoptadas por consenso, se añadió la expresión «incluido el consenso» al final del párrafo 3 para descartar la idea de que cualquier decisión adoptada por consenso equivaldría necesariamente a un acuerdo sustantivo. De hecho, el consenso no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según los comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento publicados por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General[861]:

> Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que se formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente «unanimidad» de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso[862].

31) De ello se desprende que la adopción por consenso no es una condición suficiente para un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Los reglamentos de las conferencias de Estados partes por lo general no recogen ninguna indicación acerca de los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Esos reglamentos solo determinan la forma en que las conferencias de Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos como acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. Aunque los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, no tienen que ser vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena de 1969 les atribuye efectos jurídicos en el sentido del artículo 31 cuando existe un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto[863].

32) Que algunas decisiones, pese a haberse declarado adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es especialmente cierto cuando uno o varios Estados partes se han opuesto a ese consenso.

33) Por ejemplo, en su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de impactos de especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies[864]. Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se dejara constancia en el informe final de la reunión de las reservas que Australia había planteado. No obstante, el representante de Australia reiteró que «no podía aceptar los principios de orientación» y que «su objeción explícita se mantuvo»[865]. La Presidenta declaró cerrado el debate y dijo que, «siguiendo la práctica establecida», quedaba adoptada la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de los Estados discrepantes se reflejarían en el informe final de la reunión. Tras la adopción de la decisión, Australia reiteró su parecer de que el «consenso era adopción sin objeción explícita» y expresó sus «preocupaciones respecto de la

posibles planteadas, véanse Informe de la Conferencia de las Partes sobre su primer período de sesiones (Berlín, 28 de marzo a 7 de abril de 1995) (FCCC/CP/1995/7), pág. 8, párr. 10, e Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 19º período de sesiones (Varsovia, 11 a 23 de noviembre de 2013) (FCCC/CP/2013/10), págs. 6 y 7, párr. 4; de manera análoga, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992, tampoco aprobó el artículo 40, párrafo 1, del reglamento, relativo a las votaciones, «debido a la falta de consenso entre las Partes respecto a la mayoría requerida para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo», véase el Informe de la 11ª Reunión de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Hyderabad, India, 8 a 19 de octubre de 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), párr. 65.

[860] Reglamento provisional de la Conferencia de las Partes encargada del Examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, celebrada en Ginebra del 3 al 21 de marzo de 1980 (BWC/CONF.I/2), pág. 8.

[861] Resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas «que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización» (anexo, párr. 24).

[862] Comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento: «Consensus in UN practice General», documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en www.un.org/es/ga/about/ropga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf); véase también R. Wolfrum y J. Pichon, «Consensus», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/epil), párrs. 3, 4 y 24.

[863] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), pág. 257, párr. 83.

[864] Informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I, decisión VI/23.

[865] Ibíd., párr. 313.

legalidad del procedimiento de aprobación del proyecto de decisión». De resultas de todo ello, se añadió una nota a pie de página a la decisión VI/23 en la que se indica que «[d]urante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recalcó que estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto existiendo una objeción explícita»[866].

34) Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas[867], quien respondió[868] que una parte podía «disociarse del fondo o del texto […] del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar cualquier otra restricción respecto de la posición de su Gobierno sobre el fondo o el texto […] del documento»[869]. Así pues, queda claro que se puede adoptar una decisión por consenso pese al desacuerdo de uno o varios Estados partes respecto del fondo de la decisión.

35) La decisión relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y una decisión similar adoptada en Cancún en 2010 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)[870] plantean la importante cuestión de qué hay que entender por «consenso»[871]. No obstante, esta cuestión, que no entra dentro de los límites del presente tema, ha de distinguirse de la cuestión de si todas las partes en un tratado han llegado a un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación de ese tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. Las decisiones de las conferencias de Estados partes que no reflejan un acuerdo sustantivo entre todas las partes no pueden considerarse acuerdos en el sentido del artículo 31, párrafo 3, aunque pueden ser «otra práctica ulterior» a la que se refiere el artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3).

36) Una cuestión diferente es la de los efectos jurídicos de la decisión de una conferencia de Estados partes que constituye un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En 2011 se pidió a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI que «asesor[ara] a los órganos rectores […] sobre los requisitos de procedimiento relacionados con la adopción de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si sería necesario llegar a un consenso para tomar esa decisión o no»[872]. En su respuesta, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados partes podía, en principio, constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, indicó a los órganos rectores que aun cuando la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión fuera a ser vinculante para todas las partes[873].

37) Aun cuando parte del presupuesto erróneo de que un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, solo sería vinculante «como un tratado o una enmienda a un tratado»[874], la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, en su opinión, llega a la conclusión correcta de que, aunque la decisión adoptada por consenso por una conferencia de Estados partes constituya un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación, no es (necesariamente) vinculante para las partes[875]. Más bien, como ha señalado la Comisión, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es solo uno de los distintos medios de interpretación a tomar en cuenta en el proceso de interpretación[876].

38) Así pues, las resoluciones interpretativas de las conferencias de Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí mismas, pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, si hay indicios suficientes para suponer que esa fue la intención de las partes cuando adoptaron la decisión, o si, por la práctica ulterior de las partes, consta la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[877]. El intérprete debe atribuir el peso que corresponda a una resolución interpretativa de esa índole en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pero no considerarla por necesidad jurídicamente vinculante[878].

Conclusión 12 [11]. Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32, pueden

[866] Ibíd., párrs. 316, 318 y 321; el debate figura en los párrs. 294 a 324. Todas las decisiones de la Conferencia de las Partes están disponibles en línea en: www.cbd.int/decisions/.

[867] La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

[868] Carta de fecha 17 de junio de 2002, enviada por fax.

[869] Ibíd.

[870] Véase el Informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 (FCCC/KP/CMP/2010/12 y Add.1), decisión 1/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15º período de sesiones); y decisión 2/CMP.6 (Los Acuerdos de Cancún: Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura); así como las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, párr. 29.

[871] Véase Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States…» (nota 444 *supra*), págs. 372 a 377.

[872] OMI, Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo Interperíodos sobre la Fertilización de los Océanos (LC 33/4), párr. 4.15.2.

[873] OMI, documento LC 33/J/6 (véase la nota 836 *supra*), párr. 5.

[874] Ibíd., párr. 8.

[875] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párrs. 9 a 11.

[876] Comentario del proyecto de conclusión 3 [2], párr. 4, *supra*.

[877] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), opinión separada del Magistrado Greenwood, págs. 407 y 408, párr. 6, y opinión separada de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, págs. 453 y 454, párr. 4.

[878] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 3 [2], párr. 4.

provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

Comentario

Aspectos generales

1) El proyecto de conclusión 12 [11] se refiere a un determinado tipo de tratado, a saber, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y a la forma en que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior deberán o podrán tenerse en cuenta para su interpretación con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

2) Los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan de manera específica en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente:

> La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización[879].

3) Al igual que cualquier tratado, un instrumento constitutivo de una organización internacional en el sentido del artículo 5 es un acuerdo internacional «ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos» (artículo 2, párrafo 1 *a*). Las disposiciones contenidas en dicho tratado forman parte de ese instrumento constitutivo[880].

4) En general, al establecer que la Convención de Viena de 1969 se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización[881], el artículo 5 sigue el enfoque general de la Convención, según el cual los tratados entre Estados están sujetos a las normas establecidas en la Convención «salvo que el tratado disponga otra cosa»[882].

5) El proyecto de conclusión 12 [11] se refiere únicamente a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por tanto, no aborda todos los aspectos de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que conciernen a las organizaciones internacionales. En particular, no se aplica a la interpretación de los tratados aprobados en el ámbito de una organización internacional ni a la de los tratados celebrados por organizaciones internacionales que no sean ellos mismos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[883]. El proyecto de conclusión 12 [11] tampoco se aplica a la interpretación de las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales como tales[884], incluida la interpretación de las decisiones de los tribunales y cortes internacionales[885], ni a los efectos de una «clara y constante jurisprudencia»[886] (*jurisprudence constante*) de los tribunales o cortes[887]. Por último, el proyecto de conclusión no se ocupa de manera específica de las cuestiones relativas a los pronunciamientos de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados integrados por expertos independientes o al peso que ha de atribuirse a determinados tipos de práctica más en general, cuestiones que se pueden abordar más adelante.

Párrafo 1 – aplicabilidad de los artículos 31 y 32

6) En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 [11] se reconoce la aplicabilidad de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[888]. La Corte Internacional de Jus-

---

[879] Véase también la disposición paralela del artículo 5 de la Convención de Viena de 1986.

[880] El artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 requiere la aceptación, por el órgano competente de la organización, de las reservas relativas a su instrumento constitutivo. Véase el duodécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, pág. 48, párrs. 75 a 77; véase también S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pág. 204.

[881] Véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 210 (art. 4); K. Schmalenbach, «Article 5. Treaties constituing international organizations and treaties adopted within an international organization», en Dörr y Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (nota 443 *supra*), pág. 89, párr. 1.

[882] Véanse, por ejemplo, los artículos 16; 19 *a* y *b*; 20, párrs. 1 y 3 a 5; 22; 24, párr. 3; 25, párr. 2; 44, párr. 1; 55; 58, párr. 2; 70, párr. 1; 72, párr. 1; y 77, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969.

[883] Esta última categoría se aborda en la Convención de Viena de 1986.

[884] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 442, párr. 94 («Si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones»); véase también H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight», *British Year Book of International Law 1996*, vol. 67, págs. 1 y ss., en especial pág. 29; M. C. Wood, «The interpretation of Security Council resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), págs. 73 y ss., en especial pág. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 128.

[885] *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the* Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) *(Cambodia v. Thailand)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 281 y ss., en especial pág. 307, párr. 75 («Un fallo de la Corte no puede equipararse a un tratado, que es un instrumento cuya fuerza vinculante y cuyo contenido emanan del consentimiento de los Estados contratantes y cuya interpretación puede verse afectada por el comportamiento ulterior de dichos Estados, de conformidad con el principio establecido en el artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969»).

[886] Véanse *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury Developments Limited and others* [2001] UKHL 23; *Regina v. Special Adjudicator (respondent) ex parte Ullah (FC) (appellant) Do (FC) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham of Cornhill); *R (on the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

[887] Esta jurisprudencia puede ser un medio para determinar normas de derecho, como se indica, en particular, en el Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[888] Véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 281 y 282.

ticia lo ha confirmado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*:

Desde un punto de vista formal, los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se aplican las normas bien establecidas de interpretación de los tratados[889].

7) La Corte ha sostenido con respecto a la Carta de las Naciones Unidas:

En las ocasiones anteriores en que la Corte ha tenido que interpretar la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido los principios y reglas aplicables en general a la interpretación de los tratados, habida cuenta de que ha reconocido que la Carta es un tratado multilateral, aunque con ciertas características especiales[890].

8) Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y las decisiones de los tribunales y cortes internacionales confirman, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de un tipo particular que puede ser necesario interpretar de una manera específica. Así, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado:

No obstante, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son también tratados de tipo particular; su objeto es crear nuevos sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía, a los que las partes confían la tarea de lograr objetivos comunes. Tales tratados pueden plantear problemas específicos de interpretación, debido, en particular, a su carácter, que es convencional y al mismo tiempo institucional; la naturaleza misma de la organización creada, los objetivos que le hayan asignado sus fundadores, los imperativos asociados al cumplimiento efectivo de sus funciones, así como su propia práctica, son todos ellos elementos que pueden merecer especial atención a la hora de interpretar esos tratados constitutivos[891].

9) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 [11] se refiere más concretamente a los elementos de los artículos 31 y 32 relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y que cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

10) La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el artículo 31, párrafo 3 *b*, se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, tras describir los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como tratados de un tipo particular, la Corte inició su interpretación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud afirmando:

Según la norma consuetudinaria de interpretación expresada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, los términos de un tratado deben interpretarse «en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin» y «juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[…]

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado»[892].

Remitiéndose a diferentes precedentes de su propia jurisprudencia en que, entre otras cosas, había recurrido a la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, como medio de interpretación, la Corte anunció que aplicaría el artículo 31, párrafo 3 *b*:

[…] en este caso a fin de determinar si, de conformidad con la Constitución de la OMS, la cuestión a la que se le ha pedido que responda se plantea «dentro de la esfera de [las] actividades» de esa Organización[893].

11) La causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* es otra decisión en que la Corte ha destacado, en una causa relacionada con la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional[894], la práctica ulteriormente seguida por las partes. Partiendo de la observación de que «[l]os Estados miembros también han encomendado a la Comisión [de la Cuenca del Lago Chad] ciertas tareas que inicialmente no estaban previstas en los textos de los tratados»[895], la Corte llegó a la siguiente conclusión:

Del análisis de los textos de los tratados y de la práctica [seguida por las partes] realizado en los párrafos 64 y 65 […] se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, no obstante, su objeto no es resolver, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no entra dentro del Capítulo VIII de la Carta [de las Naciones Unidas][896].

12) El artículo 31, párrafo 3 *a*, también es aplicable a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales[897]. No obstante, son poco comunes los acuerdos ulteriores autónomos entre los Estados miembros relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a tales instrumentos, las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario de la organización. Si existe la necesidad de modificar, enmendar o complementar el tratado, los Estados miembros o bien utilizan el procedimiento de enmienda previsto en el tratado, o bien celebran un nuevo tratado, por lo general un protocolo[898]. No obstante, también es posible que las partes actúen como tales cuando se reúnan en el marco de un órgano plenario de la organización correspondiente. Así, en 1995:

Los gobiernos de los 15 Estados miembros han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del Tratado [de la Unión Europea][899].

---

[889] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74, párr. 19.

[890] *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 578 *supra*) pág. 157.

[891] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (véase la nota 889 *supra*) pág. 75, párr. 19.

[892] Ibíd.

[893] Ibíd.

[894] Véase el artículo 17 de los Estatutos (anexos al Convenio) relativo al Desarrollo de la Cuenca del Chad, de 1964; en general: P. H. Sand, «Development of international water law in the Lake Chad Basin», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), págs. 52 a 76.

[895] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo de 11 de junio de 1998 (véase la nota 622 *supra*), pág. 305, párr. 65.

[896] Ibíd., págs. 306 y 307, párr. 67.

[897] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*); véase también la nota 924 *infra* y el texto que la acompaña.

[898] Véanse los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena de 1969.

[899] Véase «Consejo Europeo de Madrid, Conclusiones de la Presidencia», *Boletín de la Unión Europea*, núm. 12 (1995), págs. 9 y ss., en especial pág. 11, secc. I.A.I.

Es decir que:

> […] el nombre de la moneda europea será euro. […] El nombre específico euro se utilizará en lugar del término genérico ecu utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea[900].

Esta decisión de «los Estados miembros reunidos en el marco de» la Unión Europea se ha considerado, en la doctrina, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*[901].

13) A veces es difícil determinar si «los Estados miembros reunidos en el marco de» un órgano plenario de una organización internacional tienen la intención de actuar en su calidad de miembros de ese órgano, como suelen hacer, o si se proponen actuar en su calidad independiente de Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización[902]. Al abordar esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicialmente recurrió a los términos del acto en cuestión:

> Del tenor literal de dicha disposición se desprende claramente que los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia[903].

No obstante, posteriormente, el Tribunal concedió una importancia decisiva al «contenido y [el] conjunto de las circunstancias en las que se adoptó [la decisión]» a fin de determinar si se trataba de una decisión del órgano o de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado:

> En consecuencia, no basta con que un acto se califique de «decisión de los Estados miembros» para sustraerlo al control establecido en el artículo 173 del Tratado [constitutivo de la Comunidad Económica Europea]. Para ello es preciso además comprobar que dicho acto, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptó, no constituye en realidad una decisión del Consejo[904].

14) Aparte de los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de todas las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, otra práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional también puede ser pertinente para la interpretación de ese tratado[905]. Por ejemplo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, al igual que otros tratados multilaterales, a veces se aplican mediante práctica o acuerdos bilaterales o regionales ulteriores[906]. Esos tratados bilaterales no son, por tanto, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, aunque solo sea porque se celebran entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral. No obstante, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación del propio instrumento constitutivo y servir de medios de interpretación complementarios con arreglo a lo previsto en el artículo 32.

Párrafo 2 – acuerdos ulteriores y práctica ulterior que «provienen», o «son expresión», de la reacción de los Estados miembros

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 12 [11] pone de relieve una manera determinada en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31, párrafo 3, y 32 pueden surgir o expresarse. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes pueden «provenir» de sus reacciones a la práctica de una organización internacional en la aplicación de un instrumento constitutivo. Alternativamente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes en un acuerdo constitutivo pueden «ser expresión» de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo. La expresión «provenir» tiene por objeto abarcar la generación y el desarrollo de acuerdos ulteriores y práctica ulterior, mientras que «ser expresión de» se utiliza en el sentido de reflejar y articular tales acuerdos y tal práctica. Cualquiera de las dos variantes de la práctica de una organización internacional puede reflejar acuerdos ulteriores o una práctica ulterior de los Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización (véase el proyecto de conclusión 4)[907].

16) En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que la práctica de una organización reflejara un acuerdo o la práctica de los propios Estados miembros en tanto que partes en el tratado, pero concluyó que en ese caso la práctica no expresaba una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ni equivalía a esta:

> La propia resolución WHA46.40, que se aprobó, no sin oposición, tan pronto como la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares se planteó en la OMS, no puede interpretarse en el sentido de que exprese una práctica que establece un acuerdo de los miembros de la Organización para interpretar que su Constitución la faculta para examinar la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares[908].

---

[900] Ibíd.

[901] Véase Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 215; Hafner, «Subsequent agreements and practice…» (nota 646 *supra*), en especial págs. 109 y 110.

[902] Véase P. J. G. Kapteyn y P. VerLoren van Themaat (L. W. Gormley, ed.), *Introduction to the Law of the European Communities*, 3ª ed., Londres, Kluwer Law International, 1998, págs. 340 a 343.

[903] Asuntos acumulados C-181/91 y C-248/91, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas* [1993], *Recopilación de Jurisprudencia 1993,* págs. I-3713 y ss., en special pág. I-3717, párr. 12.

[904] Ibíd., párr. 14.

[905] Véanse los proyectos de conclusión 2 [1], párr. 4, y 4, párr. 3, y los comentarios correspondientes, respectivamente, párr. 10 y párrs. 23 a 37.

[906] Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio sobre Aviación Civil Internacional; véase P. P. C. Haanappel, «Bilateral air transport agreements – 1913-1980», *International Trade Law Journal*, vol. 5, núm. 2 (1980), págs. 241 a 267; L. Tomas, «Air transport agreements, regulation of liability», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 242 a 245 (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil); B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pág. 10.

[907] R. Higgins, «The development of international law by the political organs of the United Nations», *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington D.C., 22 a 24 de abril de 1965), págs. 116 a 124, en especial pág. 119; la práctica de una organización internacional, además de provenir, o ser expresión, de un acuerdo o la práctica de las propias partes en el sentido del párrafo 2, también puede ser un medio de interpretación en sí mismo en el sentido del párrafo 3 (véanse *infra* los párrafos 26 a 35 de este mismo comentario).

[908] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (véase la nota 889 *supra*), pág. 81, párr. 27.

17) En esta causa, al examinar la pertinencia de una resolución de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, la Corte analizó, en primer lugar, si la resolución expresaba o constituía «una práctica por la cual consta el acuerdo de los miembros de la Organización» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*[909].

18) Del mismo modo, el Órgano de Apelación de la OMC ha señalado en términos generales:

Basándonos en el texto del párrafo 3 *a*) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un «acuerdo ulterior entre las partes» acerca de la interpretación de un acuerdo abarcado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo abarcado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación o aplicación* de una disposición de las normas de la OMC[910].

19) En relación con las condiciones en que puede considerarse que una decisión de un órgano plenario es un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, el Órgano de Apelación de la OMC afirmó lo siguiente:

263. En cuanto al primer elemento, señalamos que la Decisión Ministerial de Doha fue adoptada por consenso el 14 de noviembre de 2001 con motivo de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC. […] Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de la expresión «plazo prudencial» que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

264. Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone lo siguiente:

A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión «plazo prudencial» significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos.

265. Al examinar la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión «plazo prudencial» que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, encontramos orientaciones útiles en los informes del Órgano de Apelación en *CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Ecuador II)/CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*. El Órgano de Apelación observó que la Comisión de Derecho Internacional (la «CDI») describe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 *a*) del artículo 31 de la *Convención de Viena* como «otro *elemento auténtico de interpretación* que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto». Según el Órgano de Apelación, «la CDI, al referirse a la "interpretación auténtica", entiende que el apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 alude a *acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado*». Por consiguiente, examinaremos si el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

[…]

268. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial […] de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 *a*) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión «plazo prudencial» en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*[911].

20) La Corte Internacional de Justicia, si bien no mencionó expresamente el artículo 31, párrafo 3 *a*, al invocar la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[912] para la interpretación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, destacó la «actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General» y su consentimiento al respecto[913]. En este contexto, diversos autores han llegado a la conclusión de que los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden, en determinadas circunstancias, provenir o ser expresión de actos de órganos plenarios de organizaciones internacionales[914], como la Asamblea General de las Naciones Unidas[915]. De hecho,

---

[909] La Corte Permanente de Justicia Internacional adoptó este enfoque en su opinión consultiva sobre la causa *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal work of the employer*, 23 de julio de 1926, *P.C.I.J., Series B*, núm. 13, págs. 19 y 20; véase S. Engel, «"Living" international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), págs. 865 a 910, en especial pág. 871.

[910] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (*Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*), WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012, párr. 262.

[911] Ibíd., párrs. 263 a 265 y 268 [se omiten las notas]; si bien la Decisión Ministerial de Doha no se refiere a una disposición del Acuerdo sobre la OMC propiamente dicho, sí se refiere a un anexo de dicho Acuerdo (el «Acuerdo OTC») que forma «parte integrante» del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (artículo 2, párrafo 2, del Acuerdo sobre la OMC). Respecto al texto de la Comisión incluido en la cita véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

[912] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

[913] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 188: «El efecto de un consentimiento al texto de dichas resoluciones no puede entenderse como el de una mera "reiteración o aclaración" del compromiso convencional contraído en la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución en sí mismas». Esta afirmación, cuyo principal objetivo es explicar el posible papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación del derecho consuetudinario, también reconoce, en relación con los tratados, que esas resoluciones pueden servir para expresar el acuerdo, o las posiciones, de las partes sobre una determinada interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como tratado («aclaración»); de modo similar, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva (véase la nota 884 *supra*), pág. 437, párr. 80; en este sentido, por ejemplo, L. B. Sohn, «The UN system as authoritative interpreter of its law», en O. Schachter y C. C. Joyner (eds.), *United Nations Legal Order*, vol. 1, Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995, págs. 169 a 229, en especial pág. 177 (donde se observa en relación con la causa relativa a *Nicaragua* que «[l]a Corte aceptó la Declaración sobre las Relaciones de Amistad como interpretación auténtica de la Carta»).

[914] H. G. Schermers y N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5ª ed. rev., Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, pág. 854 (donde se hace referencia a las interpretaciones que hace la Asamblea del Fondo de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos con respecto a los instrumentos constitutivos del Fondo); M. Cogen, «Membership, associate membership and preaccession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT», *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), págs. 145 a 179, en especial págs. 157 y 158 (donde se hace referencia a una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo de la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN) el 17 de junio de 2010 por la que se interpretan los criterios de admisión establecidos en el Convenio para la Creación de una Organización Europea de Investigación Nuclear como un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena de 1969).

[915] Véase E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, págs. 1 a 334, en especial pág. 32 (donde se afirma en relación con la Declaración sobre los Principios de Derecho

como ha indicado el Órgano de Apelación de la OMC en referencia a la Comisión[916], la calificación de una decisión colectiva de «elemento auténtico de interpretación» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, solo se justifica si las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional actuaron como tales y no, como suelen hacer, institucionalmente como miembros del órgano plenario correspondiente[917].

21) El párrafo 2 se refiere a la práctica de una organización internacional más que a la práctica de un órgano de una organización internacional. La práctica de una organización internacional puede provenir del comportamiento de un órgano, pero también puede derivarse del comportamiento de dos o más órganos.

22) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes, que pueden «provenir, o ser expresión, de» la práctica de una organización internacional, pueden estar, a veces, muy estrechamente relacionados con la práctica de la organización como tal. Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia interpretó la expresión «votos afirmativos» del Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, basándose principalmente en la práctica del órgano competente de la Organización unida al hecho de que en ese momento dicha práctica era «generalmente aceptada» por los Estados Miembros:

> […] las actuaciones del Consejo de Seguridad desde hace tiempo demuestran ampliamente que, en las decisiones de la presidencia y las posiciones adoptadas por los miembros del Consejo, en particular sus miembros permanentes, se ha interpretado de manera continua y uniforme que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente no constituye un impedimento para la aprobación de resoluciones. […] Este procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, que se ha mantenido invariable desde la enmienda del Artículo 27 de la Carta en 1965, ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto una práctica general de esa Organización[918].

En esta causa, la Corte hizo hincapié tanto en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la «aceptación general» de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una «práctica general de la Organización»[919]. La Corte siguió este enfoque en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* al afirmar lo siguiente:

> La Corte estima que la práctica *aceptada** de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta[920].

Al hablar de la «práctica aceptada de la Asamblea General», la Corte afirmó de manera implícita que la aquiescencia, en nombre de los Estados miembros, a la práctica seguida por la organización en la aplicación del tratado permite establecer el acuerdo acerca de la interpretación de la disposición convencional pertinente[921].

23) Partiendo de esta base, es razonable considerar «que la práctica pertinente normalmente será la de aquellos en quienes recae la obligación de actuar»[922], en el sentido de que «cuando, mediante un tratado, los Estados encomiendan actividades a una organización, la forma en que se llevan a cabo esas actividades puede constituir práctica en virtud del tratado; no obstante, la determinación de si dicha práctica representa el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado puede exigir que se tengan en cuenta otros factores»[923].

24) Así, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión Ballenera Internacional (que es el nombre de

---

Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas que «[e]sta resolución […] constituye una expresión autorizada de las opiniones de la totalidad de las partes en la Carta en cuanto a esos principios básicos y ciertos corolarios que se derivan de ellos. A la luz de estas circunstancias, parece difícil negar el peso jurídico y la autoridad de la Declaración, no solo como resolución que reconoce lo que, en opinión de los propios Miembros, constituyen normas existentes de derecho consuetudinario, sino también como interpretación de la Carta por el acuerdo ulterior y la práctica ulterior de todos sus Miembros»); O. Schachter, «International law in theory and practice. General course in public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-V*, vol. 178, págs. 9 a 396, en especial pág. 113 («Las resoluciones declarativas de normas jurídicas que interpretan y "concretan" los principios de la Carta —ya sea como normas generales o en relación con casos particulares— pueden considerarse una interpretación auténtica por las partes de sus obligaciones convencionales vigentes. En la medida en que constituyen una interpretación, y que han sido acordadas por todos los Estados Miembros, encajan sin problemas en una de las fuentes del derecho establecidas» [se han omitido las notas]); P. Kunig, «United Nations Charter, interpretation of», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 272 y ss., en especial pág. 275 (donde se afirma que, «[s]i se aprueban por consenso, [las resoluciones de la Asamblea General] pueden desempeñar una importante función en la […] interpretación de la Carta de las Naciones Unidas») (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 527 *supra*), pág. 213 (donde se señala que la resolución 51/210 de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, de 17 de diciembre de 1996, «puede considerarse un acuerdo ulterior acerca de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas»). Todas las resoluciones a las que hacen referencia los autores se aprobaron por consenso.

[916] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* (véase la nota 910 *supra*), párr. 265.

[917] Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, págs. 114 y 115.

[918] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*), pág. 22.

[919] H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part two», *British Year Book of International Law 1990*, vol. 61, págs. 1 a 133, en especial pág. 76 (donde se señala que «[l]a referencia de la Corte a que se trataba de una práctica "de" la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica […] es más bien un reconocimiento de los demás miembros del Consejo de Seguridad en el momento pertinente, y en realidad de todos los Estados miembros por aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones»).

[920] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 400 *supra*), pág. 150.

[921] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 10 [9], párr. 2, segunda oración, párrs. 13 a 25; véase también Villiger, *Commentary…* (nota 418 *supra*), págs. 431 y 432, párr. 22; J. Arato, «Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations», *Yale Journal of International Law*, vol. 38, núm. 2 (2013), págs. 289 a 357, en especial pág. 322.

[922] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 281.

[923] Ibíd.

una organización internacional establecida por el Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena[924] y de uno de sus órganos), y aclaró que, cuando esas recomendaciones son «aprobadas por consenso o por unanimidad, pueden ser pertinentes para la interpretación del Convenio o su anexo»[925]. No obstante, al mismo tiempo, la Corte hizo una advertencia al señalar lo siguiente:

> […] Australia y Nueva Zelandia exageran la importancia jurídica de las resoluciones y directrices de carácter recomendatorio que invocan. En primer lugar, muchas resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional fueron aprobadas sin el apoyo de todos los Estados partes en el Convenio y, en particular, sin la anuencia del Japón. Por tanto, esos instrumentos no pueden considerarse un acuerdo ulterior sobre la interpretación del artículo VIII, ni una práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido de los apartados *a* y *b*, respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[926].

25) Esta advertencia no excluye, no obstante, que una resolución que se haya aprobado sin el apoyo de todos los Estados miembros pueda dar origen, o expresar, la posición o la práctica de algún Estado miembro en la aplicación del tratado que pueda tenerse en cuenta en el sentido del artículo 32[927].

Párrafo 3 – la propia práctica de una organización internacional

26) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 [11] se refiere a otra forma de práctica que puede ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, a saber, la práctica de la organización *como tal*, es decir, su «propia práctica», que hay que distinguir de la práctica de los Estados miembros. En algunos casos, la Corte Internacional de Justicia ha tenido en cuenta la práctica de una organización internacional en la interpretación de los instrumentos constitutivos sin referirse a la práctica o la aceptación de los Estados miembros de la organización. En particular, la Corte ha señalado en relación con las organizaciones internacionales que «su propia práctica […] puede merecer especial atención» en el proceso de interpretación[928].

27) Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, la Corte señaló:

> Los órganos a los que el Artículo 4 confía la decisión de la Organización en materia de admisión han reconocido de manera constante que la admisión por la Asamblea General solo puede concederse sobre la base de una recomendación del Consejo de Seguridad[929].

28) De manera análoga, en la causa relativa a la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, la Corte se refirió a los actos de los órganos de la Organización cuando mencionó la práctica de «las Naciones Unidas»:

> En la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización. […] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido consideradas peritos en misión en el sentido de la sección 22[930].

29) En su opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a «la práctica seguida por la propia Organización en el cumplimiento de la Convención [constitutiva de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental]» como medio de interpretación[931].

30) En su opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte explicó el motivo por el que la práctica de una organización internacional, como tal, incluida la de un órgano en particular, puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo:

> No se aceptaron las propuestas que se hicieron durante la redacción de la Carta de atribuir la máxima autoridad para su interpretación a la Corte Internacional de Justicia; la opinión que la Corte está emitiendo es una opinión *consultiva*. Por consiguiente, conforme a lo previsto en 1945, cada órgano debe, por lo menos en primer lugar, determinar su propia competencia. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad aprueba una resolución con el objeto declarado de mantener la paz y la seguridad internacionales, y si, con arreglo al mandato o la autorización de dicha resolución, el Secretario General contrae obligaciones financieras, es de presumir que las sumas referidas constituyen «gastos de la Organización»[932].

31) Muchas organizaciones internacionales comparten la característica de no prever una «autoridad última de interpretación» de su instrumento constitutivo. Por consiguiente, en la actualidad, la conclusión extraída por la Corte de esa circunstancia ha sido generalmente aceptada como aplicable a las organizaciones internacionales en general[933]. En la opinión consultiva relativa a *Ciertos*

---

[924] S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, págs. 37 y 38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pág. 411.

[925] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (véase la nota 586 *supra*), párr. 46.

[926] Ibíd., párr. 83.

[927] Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 400 *supra*), pág. 149, párr. 27 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961 (aprobada por 60 votos a favor, 23 abstenciones y 16 votos en contra, en particular de la URSS y otros Estados de Europa Oriental) y la resolución 1913 (XVIII), de 3 de diciembre de 1963 (aprobada por 91 votos contra 2 (España y Portugal)).

[928] *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (véase la nota 889 *supra*), pág. 75, párr. 19; véase también D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, París, Pedone, 1981, págs. 379 a 384.

[929] *Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations* (véase la nota 619 *supra*), pág. 9.

[930] *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 177 y ss., en especial pág. 194, párr. 48.

[931] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (véase la nota 628 *supra*), pág. 169.

[932] *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 578 *supra*), pág. 168.

[933] Véase J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pág. 90; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pág. 25; J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pág. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties…* (nota 880 *supra*), págs. 224 y 225.

gastos de las Naciones Unidas, la identificación de una presunción derivada de la práctica de una organización internacional, incluida la de uno o varios de sus órganos, es una manera de reconocer dicha práctica como medio de interpretación[934].

32) Aunque generalmente se reconoce que la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales mediante la práctica de sus órganos constituye un medio de interpretación pertinente[935], existen ciertas discrepancias en la doctrina en cuanto a la manera de explicar la pertinencia, a efectos de la interpretación, de la «propia práctica» de una organización internacional en relación con las reglas de interpretación de la Convención de Viena[936]. Esa práctica puede, como mínimo, concebirse como un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32[937]. Al referirse a los actos de organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de algunos Estados miembros[938], la Corte ha reconocido que tales actos pueden constituir práctica a los efectos de la interpretación, si bien generalmente no una práctica (de mayor peso) que haga constar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación, que entraría en los supuestos del artículo 31, párrafo 3. No obstante, los autores suelen coincidir en que la práctica de una organización internacional, como tal, a menudo también será relevante para aclarar el sentido corriente que se da a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin[939].

33) La Comisión ha confirmado, en su comentario al proyecto de conclusión 2 [1], que determinados casos de práctica ulterior y acuerdos ulteriores han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado[940]. Esas consideraciones también son relevantes respecto de la práctica de una organización internacional propiamente dicha.

34) Así pues, la posible pertinencia de la «propia práctica» de una organización internacional puede derivarse de los artículos 31, párrafo 1, y 32 de la Convención de Viena de 1969. Esas reglas permiten, en particular, tener en cuenta la práctica de la organización propiamente dicha, incluida la de uno o varios de sus órganos, como pertinente para la determinación del objeto y el fin del tratado, incluida la función de la organización internacional de que se trate, en el sentido del artículo 31, párrafo 1[941].

35) Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tenga en cuenta la práctica de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, tomando en consideración también su carácter institucional[942]. Esos elementos pueden contribuir de ese modo a determinar si el sentido de una disposición de un instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo, y, de ser así, de qué manera[943].

36) El párrafo 3, al igual que el párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto más que a la práctica de un órgano de la organización internacional. La práctica de una organización internacional determinada puede surgir del comportamiento de un órgano, pero también puede dimanar del comportamiento de dos o más órganos[944]. Se entiende que la práctica de

[934] Véase Lauterpacht, «The development of the law of international organization…» (nota 762 *supra*), pág. 460; N. Blokker, «Beyond "Dili": on the powers and practice of international organizations», en G. Kreijen (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 299 a 322, en especial págs. 312 a 318.

[935] Véase C. Brölmann, «Specialized rules of treaty interpretation: international organizations», en Hollis (ed.) (nota 781 *supra*), en especial págs. 520 y 521; S. Kadelbach, «Interpretation of the Charter», en B. Simma y otros (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3ª ed., vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 71 y ss., en especial pág. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), págs. 127 y 281.

[936] Véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 397 *supra*), pág. 282; Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (nota 914 *supra*), pág. 844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 187; Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (nota 933 *supra*), págs. 89 y 90; véase también *Partial Award on the lawfulness of the recall of the privately held shares on 8 January 2001 and the applicable standards for valuation of those shares*, 22 de noviembre de 2002, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 183 a 251, en especial pág. 224, párr. 145.

[937] La Comisión tal vez reconsidere, en una segunda lectura, la definición de «otra práctica ulterior» que figura en los proyectos de conclusión 2 [1], párrafo 4, y 4, párrafo 3, para aclarar si la práctica de una organización internacional como tal debe incluirse en esa categoría, que, hasta ahora, se limita a la práctica de las partes; véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 39.

[938] Véase la nota 927 *supra*.

[939] La Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión «fines y funciones establecidos o implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica», *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 180.

[940] Véase, *supra*, el párrafo 15 del comentario del proyecto de conclusión 2 [1] y, en particular, la nota 433; véase también *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo de 11 de junio de 1998 (nota 622 *supra*), págs. 306 y 307, párr. 67.

[941] Véase *South-West Africa – Voting Procedure*, opinión consultiva de 7 de junio de 1955, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 67 y ss., en particular pág. 106 (opinión separada del Magistrado Lauterpacht: «La interpretación adecuada de un instrumento constitucional debe tener en cuenta no solo el sentido estrictamente literal del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias observadas en la vida de la Organización»).

[942] Los autores debaten si el carácter institucional específico de algunas organizaciones internacionales, junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos, también podrían dar lugar a una interpretación «constitucional» de tales instrumentos inspirada en el derecho constitucional nacional; véase, por ejemplo, J. E. Álvarez, «Constitutional interpretation in international organizations», en J.-M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokio, United Nations University Press, 2001, págs. 104 a 154; A. Peters, «L'acte constitutif de l'organisation internationale», en E. Lagrange y J.-M. Sorel (eds.), *Droit des organisations internationales*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, págs. 216 a 218; M. Wood, «"Constitutionalization" of international law: a sceptical voice», en K. H. Kaikobad y M. Bohlander (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009, págs. 85 a 97.

[943] *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (véase la nota 436 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 53; véase también el proyecto de conclusión 8 [3] y el comentario correspondiente, párrs. 24 a 30; véase asimismo Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), pág. 537, párr. 31; y Schmalenbach, «Article 5…» (nota 881 *supra*), pág. 92, párr. 7.

[944] Véase, *supra*, el párrafo 21 de este mismo comentario.

una organización internacional solo puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo si esa organización es competente, pues es un requisito general que las organizaciones internacionales no actúen *ultra vires*[945].

37) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 12 [11] se basa en el proyecto de conclusión 5, que se refiere a la «práctica ulterior» de las partes en un tratado en la aplicación de ese instrumento, según se define en el proyecto de conclusión 4. El proyecto de conclusión 5 no implica que la práctica de una organización internacional, como tal, en la aplicación de su instrumento constitutivo no pueda ser una práctica pertinente en el sentido de los artículos 31 y 32[946].

Párrafo 4 – sin perjuicio de las «normas […] de la organización»

38) El párrafo 4 del proyecto de conclusión 12 [11] refleja el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 y su enunciado se inspira en ese artículo. El párrafo se aplica a los supuestos a que se refieren los párrafos 1 a 3 y asegura que las normas mencionadas en ellos sean aplicables, se interpreten y se apliquen «sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización». La expresión «normas […] de la organización» ha de entenderse de la misma manera que en el artículo 2, párrafo 1 *j*, de la Convención de Viena de 1986 y en el artículo 2 *b*, de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en 2011[947].

39) En su comentario general al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011, la Comisión señaló:

> Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas[948].

40) Del párrafo 4 se desprende, entre otras cosas, que unas «normas pertinentes» de interpretación más específicas enunciadas en el instrumento constitutivo de una organización internacional podrán prevalecer sobre las normas generales de interpretación previstas en la Convención de Viena de 1969[949]. Si, por ejemplo, el instrumento constitutivo contiene una cláusula según la cual la interpretación del instrumento está sujeta a un procedimiento especial, ha de presumirse que las partes, al llegar a un acuerdo con posterioridad a la celebración del tratado, no desean eludir ese procedimiento mediante un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*. No obstante, el procedimiento especial a que se refiere el tratado y un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden ser compatibles si «tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos»[950]. Pocos instrumentos constitutivos contienen normas explícitas de procedimiento o de fondo relativas a su interpretación[951]. No es necesario que se enuncien expresamente en el instrumento constitutivo «normas pertinentes» específicas de interpretación; también pueden estar implícitas en él o dimanar de la «práctica establecida de la organización»[952]. El alcance del término «práctica establecida de la organización» es más reducido que el de «práctica de la organización» como tal.

41) Como señaló la Comisión en el comentario del artículo 2, párrafo 1 *j*, del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º y 34º, el peso de una práctica específica de una organización puede depender de las reglas y características particulares de esa organización, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo:

> La mayoría de las organizaciones internacionales, en efecto, crean al cabo de unos años una práctica que forma parte integrante de las reglas de la organización. Pero el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia, sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios[953].

42) En ese sentido, la «práctica establecida de la organización» también puede ser un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párrafo 1 *j*, de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2 *b* del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[954] reconocen la «práctica establecida de la organización» como una «regla de la organización». Esa práctica puede producir efectos jurídicos distintos en diferentes organizaciones, y no siempre está claro si esos efectos deben explicarse atendiendo principalmente a las

---

[945] *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 578 *supra*), pág. 168 («[p]ero cuando la Organización toma medidas de las que puede afirmarse justificadamente que son apropiadas para la realización de uno de los propósitos de las Naciones Unidas, cabe presumir que esa acción no rebasa las facultades de la Organización»).

[946] Véase, *supra*, el comentario del proyecto de conclusión 5, párr. 14. No obstante, la Comisión podrá, en su caso, volver a examinar la formulación del proyecto de conclusión 5 a la luz del proyecto de conclusión 12 [11] a fin de aclarar su relación. Véase también la nota 937 *supra*.

[947] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo; para consultar los comentarios correspondientes, véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88.

[948] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 53, comentario general, párr. 7.

[949] Véase, por ejemplo, Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (nota 933 *supra*), pág. 88; Schmalenbach, «Article 5…» (nota 881 *supra*), pág. 89, párr. 1, y pág. 96, párr. 15; Brölmann (nota 935 *supra*), pág. 522; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 537 y 538, párr. 32.

[950] Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* (véase la nota 910 *supra*), párrs. 252 a 257, en particular párr. 257.

[951] La mayoría de las denominadas cláusulas de interpretación determinan qué órgano es la autoridad competente para interpretar el tratado o algunas de sus disposiciones, pero no formulan normas específicas «sobre» la propia interpretación; véase C. Fernández de Casadevante y Romaní, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2007, págs. 26 y 27; Dörr, «Article 31…» (nota 443 *supra*), págs. 537 y 538, párr. 32.

[952] Véanse la Convención de Viena de 1986, art. 2, párr. 1 *j*, y el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, art. 2 *b*, *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87; véase también C. Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

[953] *Anuario… 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22, comentario del proyecto de artículo 2, párr. 25 [se omiten las notas].

[954] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87.

fuentes tradicionales del derecho internacional (el tratado o la costumbre) o al derecho institucional[955]. No obstante, aunque sea difícil hacer afirmaciones generales, es evidente que la «práctica establecida de la organización» suele abarcar una forma específica de práctica[956], que, por lo general, ha sido aceptada por los miembros de la organización, si bien a veces de forma tácita[957].

Conclusión 13. Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional.

2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado.

3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado.

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado pueda hacer de otro modo a la interpretación de un tratado.

Comentario

Párrafo 1 – definición de la expresión «órgano de expertos creado en virtud de un tratado»

1) Algunos tratados establecen órganos, integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que tienen encomendada la tarea de vigilar o contribuir de otra forma a la aplicación de esos tratados. Ejemplos de este tipo de órganos de expertos creados en virtud de un tratado son los comités constituidos de conformidad con diversos tratados de derechos humanos de carácter universal[958] como, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[959], el Comité de Derechos Humanos[960], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[961], el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[962], el Comité de los Derechos del Niño[963] y el Comité contra la Tortura[964]. Otros órganos de expertos creados en virtud de un tratado son la Comisión de Límites de la Plataforma Continental establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[965], el Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales[966] y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes[967].

2) El párrafo 1 define la expresión «órgano de expertos creado en virtud de un tratado» únicamente «[a] los efectos del presente proyecto de conclusiones». El proyecto de conclusión no pretende en modo alguno pronunciarse sobre el estatus de esos órganos y las posibles repercusiones jurídicas de sus actos a otros efectos.

3) Por la expresión «que desempeñan sus funciones a título personal» se entiende que los miembros de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no están sujetos a las instrucciones de los Gobiernos cuando

[955] Véase Higgins, «The development of international law…» (nota 907 *supra*), pág. 121 («Los aspectos de la interpretación de los tratados y la práctica consuetudinaria en esta esfera están estrechamente vinculados»); Peters, «Subsequent practice…» (nota 952 *supra*), págs. 630 y 631 («Debería considerarse una especie de derecho internacional consuetudinario de la organización»); no es convincente limitar la «práctica establecida de la organización» a las denominadas normas internas ya que, según la Comisión, «habría sido difícil referirse al "derecho interno" de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional» (*Anuario… 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22 (párrafo 25 del comentario del artículo 2 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º y 34º)); Schermers y Blokker, *International Institutional Law* (nota 914 *supra*), pág. 766; en cambio, véase C. Ahlborn, «The rules of international organizations and the law of international responsibility», *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), págs. 397 a 482, en especial págs. 424 a 428.

[956] Blokker, «Beyond "Dili"…» (nota 934 *supra*), pág. 312.

[957] Lauterpacht, «The development of the law of international organization…» (nota 762 *supra*), pág. 464 («consentimiento del conjunto de los miembros»); Higgins, «The development of international law…» (nota 907 *supra*), pág. 121 («Tal vez el grado y duración de aquiescencia en este supuesto pueda ser menos marcado que en otros casos, porque no cabe duda de que los órganos de las Naciones Unidas tienen autoridad inicial para adoptar esas decisiones [con respecto a su propia jurisdicción y competencia]»); Peters, «Subsequent practice…» (nota 952 *supra*), págs. 633 a 641.

[958] Véase N. S. Rodley, «The role and impact of treaty bodies», en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 621 a 641, en especial págs. 622 y 623.

[959] Artículos 8 a 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

[960] Artículos 28 a 45 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[961] Artículos 17 a 22 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[962] Artículos 34 a 39 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[963] Artículos 43 a 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[964] Artículos 17 a 24 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

[965] La Comisión de Límites de la Plataforma Continental fue establecida de conformidad con el artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el anexo II de la Convención.

[966] El Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales fue constituido de conformidad con el artículo 15 de la Convención y la decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en 2002 (ECE/MP.PP/2/Add.8).

[967] La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes fue creada en virtud del artículo 5 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

actúan como tales[968]. El proyecto de conclusión 13 no se ocupa de los órganos integrados por representantes de los Estados. El producto de la labor de un órgano integrado por representantes de los Estados que no sea un órgano de una organización internacional constituye una forma de práctica de dichos Estados que, así, actúan colectivamente en ese marco[969].

4) El proyecto de conclusión 13 tampoco se aplica en términos similares a los órganos de expertos que son órganos de una organización internacional[970]. El producto de la labor de un órgano de expertos que es un órgano de una organización internacional se atribuye, en primer lugar, a la organización[971]. Se ha excluido a los órganos de expertos que son órganos de las organizaciones internacionales del ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 13 por motivos formales, habida cuenta de que el presente proyecto de conclusiones no se centra en la pertinencia de las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969, lo cual no excluye que el contenido del presente proyecto de conclusión pueda aplicarse, *mutatis mutandis*, a los pronunciamientos de órganos de expertos independientes que sean órganos de organizaciones internacionales.

5) Por la expresión «establecido en virtud de un tratado» se entiende que la creación o la competencia de un órgano de expertos determinado han sido establecidas en virtud de un tratado. En la mayoría de casos, está claro si se cumplen esas condiciones, pero también puede haber casos dudosos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por una resolución de una organización internacional[972], pero al que posteriormente le fue atribuida competencia para «examinar» determinadas «comunicaciones» por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[973]. Este órgano es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13 en la medida en que un tratado prevé que el Comité ejerza determinadas competencias. Otro caso dudoso es el del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuya creación, en virtud de una decisión de la Conferencia de las Partes, está prevista implícitamente en el artículo 18 del Protocolo[974].

Párrafo 2 – primacía de las normas del tratado

6) Los tratados emplean diversos términos para designar las resoluciones de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado, como «observaciones»[975], «recomendaciones»[976], «comentarios»[977], «medidas»[978] y «medidas correctivas»[979]. El proyecto de conclusión 13 utiliza, a los efectos del presente proyecto de conclusiones, el término general «pronunciamientos»[980], que abarca todas las resoluciones pertinentes de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Existen otros

[968] Véase, por ejemplo, el artículo 28, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; véase también C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, pág. 219.

[969] Esto es así, en particular, en el caso de las decisiones de las conferencias de Estados partes; véase el proyecto de conclusión 12 [11] *supra*.

[970] La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) representa un importante ejemplo de órgano de expertos con carácter de órgano de una organización internacional. Se creó en 1926 para examinar los informes gubernamentales sobre los convenios ratificados. Está integrada por 20 juristas eminentes procedentes de diferentes regiones geográficas, ordenamientos jurídicos y culturas, que son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT por períodos de tres años; véase www.ilo.org y la información facilitada por la OIT a la Comisión; puede consultarse en el sitio web de la Comisión en http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml.

[971] Véase el artículo 6, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en 2011 (resolución 66/100 de la Asamblea General, anexo; para consultar los comentarios correspondientes, véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88). El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria es un ejemplo de órgano de expertos que desempeñan sus funciones a título personal con mandato del Consejo de Derechos Humanos en virtud de su resolución 24/7, de 26 de septiembre de 2013, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 53A* (A/68/53/Add.1). Al tratarse de un órgano subsidiario del Consejo, no es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13; véase www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

[972] Consejo Económico y Social, resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985 (E/C.12/1989/4).

[973] Véanse los artículos 1 a 15 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que figura en el anexo de la resolución 63/117 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2008.

[974] El Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático fue creado en virtud del artículo 18 del Protocolo y la decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto, aprobada por la Conferencia de las Partes en su séptimo período de sesiones (Informe de la Conferencia de las Partes sobre su séptimo período de sesiones, celebrado en Marrakech del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001, FCCC/CP/2001/13/Add.3).

[975] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 42, párr. 7 *c*; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5, párr. 4; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, párr. 1.

[976] Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 9, párr. 2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 21, párr. 1; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 45 *d*; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 33, párr. 5; y Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 76, párr. 8.

[977] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 19, párr. 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40, párr. 4; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 74.

[978] Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (véase la nota 966 *supra*), anexo, párrs. 36 y 37; Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, art. 14.

[979] Decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (véase la nota 974 *supra*), anexo, secc. XV.

[980] *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 26 *b*; véase también «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), págs. 626 y 627, párr. 15; y Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), «Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts» (CDL-AD(2014)036), aprobado por la Comisión de Venecia en su 100ª sesión plenaria (Roma, 10 y 11 de octubre de 2014), pág. 31, párr. 78.

términos generales empleados para determinados órganos como son «jurisprudencia»[981] y «conclusiones»[982].

7) El párrafo 2 sirve para poner de relieve que cualquier posible efecto jurídico del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado depende, ante todo, de las normas específicas del propio tratado aplicable. Por tanto, los posibles efectos jurídicos pueden ser muy variados y han de determinarse aplicando las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena de 1969. El sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una forma particular de pronunciamiento, o su contexto, suele dar una indicación clara de que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes[983]. Así sucede, por ejemplo, con los términos «observaciones» (artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), «sugerencias y recomendaciones» (artículo 14, párrafo 8, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial) y «recomendaciones» (artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

8) No es necesario, a los presentes efectos, describir en detalle las competencias de los diferentes órganos de expertos creados en virtud de tratados. Por ejemplo, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos suelen aprobarse en respuesta a informes de los Estados (como las «observaciones finales»), en respuesta a comunicaciones individuales (como los «dictámenes») o en relación con la aplicación o interpretación de los respectivos tratados en general (como las «observaciones generales»)[984]. Si bien tales pronunciamientos se rigen por distintas disposiciones específicas del tratado que determinan principalmente sus efectos jurídicos, a menudo interpretan, explícita o implícitamente, el tratado de una manera que plantea algunas cuestiones generales que el proyecto de conclusión 13 trata de abordar[985].

Párrafo 3, primera oración – «puede dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior»

9) Un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no puede, de por sí, constituir una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ya que dicha disposición exige una práctica ulterior de las partes por la cual conste su acuerdo acerca de la interpretación del tratado. Ello se ha visto confirmado, por ejemplo, por la reacción a un proyecto de propuesta del Comité de Derechos Humanos, según el cual su propio «cuerpo general de jurisprudencia», o la aquiescencia de los Estados a esa jurisprudencia, constituiría una práctica ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *b*. El Comité de Derechos Humanos proponía lo siguiente:

> En relación con el cuerpo general de jurisprudencia generado por el Comité, cabe considerar que constituye la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del artículo 31 3) *b*) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o bien que la aquiescencia de los Estados partes en esos pronunciamientos constituye dicha práctica[986].

10) Ante las críticas de algunos Estados hacia esta propuesta[987], el Comité la abandonó y aprobó su observación general núm. 33 sin hacer referencia al artículo 31, párrafo 3 *b*[988]. Esto confirma que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados no pueden, en sí mismos, constituir una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*.

---

[981] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (fondo), fallo de 30 de noviembre de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial págs. 663 y 664, párr. 66; Rodley (nota 958 *supra*), pág. 640; A. Andrusevych, T. Alge y C. Konrad (eds.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2ª ed., Lviv, Resource and Analysis Center «Society and Environment», 2011; y «Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date»; puede consultarse en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf.

[982] R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», en H. Keller y G. Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2012, págs. 356 a 413, en especial pág. 402; Rodley (nota 958 *supra*), pág. 639; K. Mechlem, «Treaty bodies and the interpretation of human rights», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), págs. 905 a 947, en especial pág. 908.

[983] Así se suele aceptar por regla general en la doctrina; véase «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), pág. 627, párr. 18; Rodley (nota 958 *supra*), pág. 639; Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (nota 968 *supra*), págs. 233 y 267; D. Shelton, «The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies», en H. P. Hestermeyer y otros (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, págs. 553 a 575, en especial pág. 559; H. Keller y L. Grover, «General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy», en Keller y Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (nota 982 *supra*), págs. 116 a 198, en especial pág. 129; y Comisión de Venecia, «Report on the implementation of international human rights treaties…» (nota 980 *supra*), pág. 30, párr. 76; para el término «determinar» en el artículo 18 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la decisión 24/CP.7 sobre procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto (véase la nota 974 *supra*), véase G. Ulfstein y J. Werksman, «The Kyoto compliance system: towards hard enforcement», en O. S. Stokke, J. Hovi y G. Ulfstein (eds.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, Londres, Earthscan, 2005, págs. 39 a 62, en especial págs. 55 y 56.

[984] W. Kälin, «Examination of state reports», en Keller y Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (nota 982 *supra*), págs. 16 a 72; G. Ulfstein, «Individual complaints», ibíd., págs. 73 a 115; Mechlem (nota 982 *supra*), págs. 922 a 930; el fundamento jurídico de las observaciones generales relativas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el artículo 40, párrafo 4, de dicho Pacto, pero esta práctica también ha sido generalmente aceptada en relación con otros órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, véase Keller y Grover, «General comments…» (nota 983 *supra*), págs. 127 y 128.

[985] Por ejemplo, Rodley (nota 958 *supra*), pág. 639; Shelton, «The legal status of normative pronouncements…» (nota 983 *supra*), págs. 574 y 575; A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 155.

[986] Proyecto de observación general núm. 33 (Las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (segunda versión revisada de 18 de agosto de 2008) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 de agosto de 2008, párr. 18; esta posición también ha sido planteada por varios autores: véase Keller y Grover, «General comments…» (nota 983 *supra*), págs. 130 a 132, con referencias adicionales.

[987] Véanse, por ejemplo, los Comentarios de los Estados Unidos de América sobre el proyecto de observación general núm. 33 del Comité de Derechos Humanos sobre las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de octubre de 2008, párr. 17.

[988] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/64/40), vol. I, anexo V.

11) No obstante, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados pueden dar lugar o referirse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación del tratado de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*. Esta posibilidad ha sido reconocida por los Estados[989], la Comisión[990] y también la Asociación de Derecho Internacional[991], así como por un considerable número de autores[992]. No hay, de hecho, ninguna razón para que un acuerdo ulterior entre las partes, o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las propias partes acerca de la interpretación de un tratado, no pueda derivarse de un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado o ser objeto de referencia en él.

12) Aunque un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede, en principio, dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las propias partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, no es fácil lograr ese resultado en la práctica. La mayoría de los tratados que establecen órganos de expertos de carácter universal tienen muchas partes y a menudo será difícil establecer que todas las partes han acordado, explícita o implícitamente, que un pronunciamiento concreto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado expresa una interpretación concreta del tratado.

13) Una posible forma de identificar un acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado reflejada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado es examinar las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales y las conferencias de Estados partes. En particular, las resoluciones de la Asamblea General pueden referirse explícita o implícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados. Así ocurre, por ejemplo, con dos resoluciones de la Asamblea General sobre la «protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo»[993], que se refieren expresamente a la observación general núm. 29 del Comité de Derechos Humanos sobre la suspensión de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos durante un estado de excepción[994]. En ambas resoluciones se reafirma la obligación de los Estados, de conformidad con el Pacto, de respetar el carácter inderogable de ciertos derechos en toda circunstancia y se subraya la naturaleza «excepcional y temporal» de las derogaciones utilizando los mismos términos empleados en la observación general núm. 29 al interpretar y, con ello, especificar, la obligación que incumbe a los Estados en virtud del artículo 4 del Pacto[995]. Esas resoluciones fueron aprobadas sin votación por la Asamblea General y, por tanto, reflejarían un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación contenida en el pronunciamiento[996].

14) El pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 15 (2002), con arreglo al cual los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho humano al agua[997], constituye otro ejemplo de la forma en que puede llegarse a un acuerdo de las partes. Después de un debate de varios años, la Asamblea General aprobó, el 17 de diciembre de 2015, una resolución sin votación en la que se define el derecho humano al agua potable con las palabras que empleó el Comité en su observación general núm. 15 para interpretar ese derecho[998]. Esa resolución puede referirse a un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, dependiendo de si el consenso constituyó la aceptación por todas las partes de la interpretación que figura en el pronunciamiento[999].

15) Otras resoluciones de la Asamblea General se refieren explícitamente a pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados[1000] o exhortan a los Estados a que tengan en cuenta las recomendaciones,

---

[989] Véase, por ejemplo, A/C.6/70/SR.22, párr. 46 (Estados Unidos: «[…] las reacciones de los Estados partes a los pronunciamientos o las actividades de un órgano creado en virtud de un tratado pueden, en algunas circunstancias, constituir una práctica ulterior (de esos Estados) a los efectos del artículo 31, párrafo 3»).

[990] Véase, *supra*, el párrafo 11 del comentario del proyecto de conclusión 3 [2].

[991] Véase «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), págs. 628 y 629, párr. 21.

[992] Véanse Mechlem (nota 982 *supra*), págs. 920 y 921; B. Schlütter, «Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies», en Keller y Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (nota 982 *supra*), págs. 261 y ss., en particular págs. 289 y 290; Ulfstein, «Individual complaints» (nota 984 *supra*), pág. 96.

[993] Resoluciones de la Asamblea General 65/221, de 21 de diciembre de 2010, párr. 5, nota 8, y 68/178, de 18 de diciembre de 2013, párr. 5, nota 8.

[994] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/56/40), vol. I, anexo VI.

[995] Ibíd., párr. 2.

[996] Véanse, *supra*, el proyecto de conclusión 11 [10], párr. 3, y el comentario correspondiente.

[997] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 15 (2002), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2003, Suplemento núm. 2* (E/2003/22E/C.12/2002/13), anexo IV, párr. 2 («El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico»).

[998] Resolución 70/169 de la Asamblea General, de 17 de diciembre 2015, en la que se recuerda la observación general núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (véase la nota 997 *supra*) y se utilizan los mismos términos: «*Reconoce* que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico» (párr. 2).

[999] Véanse, *supra*, el proyecto de conclusión 11 [10], párr. 3, y el comentario correspondiente, párrs. 31 a 38; en el caso de la resolución 70/169 sobre el derecho al agua (véase la nota 998 *supra*), los Estados Unidos «se desvincula[ron] del consenso acerca del párrafo 2 basándose en que el texto utilizado para definir el derecho al agua y el saneamiento se basa[ba] únicamente en las opiniones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Relator Especial, y no aparec[ía] en ningún acuerdo internacional ni refleja[ba] ningún consenso internacional» (A/C.3/70/SR.55, párr. 144). No está del todo claro si con ello los Estados Unidos simplemente deseaban reiterar su posición de que la resolución no reconocía un efecto particular del pronunciamiento del Comité, o si discrepaban del contenido de la definición.

[1000] Véase la resolución 69/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, donde se recuerda la observación general núm. 16 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y reputación (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/43/40), anexo VI).

observaciones y comentarios generales de los órganos de tratados pertinentes para el tema sobre la aplicación de los correspondientes tratados[1001]. Lo mismo puede ocurrir con las resoluciones de las conferencias de Estados partes, como en el caso de las recomendaciones del Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales [1002]. No obstante, es preciso abordar esas resoluciones con cautela antes de llegar a ninguna conclusión en cuanto a si implican un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*.

16) Incluso si un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado no da lugar ni se refiere a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de todas las partes en un tratado, puede ser pertinente para la identificación de otra práctica ulterior por la cual no conste tal acuerdo en el sentido del artículo 32. Por ejemplo, algunas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos se refieren a observaciones generales del Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[1003]. Aun cuando el número de miembros del Consejo es limitado, esas resoluciones pueden ser pertinentes para la interpretación de un tratado como expresión de otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Otro ejemplo es el de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes[1004]. Varios Estados han seguido una práctica ulterior en el sentido del artículo 32 al discrepar de las propuestas de la Junta en relación con el establecimiento de las denominadas salas de inyección seguras y otras medidas de reducción de daños[1005], criticando a la Junta por hacer una interpretación demasiado rígida de los convenios sobre drogas y por actuar excediendo el ámbito de su mandato[1006].

17) La primera oración del párrafo 3 limita las formas en que un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede ser pertinente para los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en un tratado mediante el uso de las expresiones «puede dar lugar» y «o referirse a». La expresión «puede dar lugar» designa las situaciones en que primero hay un pronunciamiento y después tiene lugar el posible acuerdo de las partes. En esta situación, el pronunciamiento puede servir de catalizador de la práctica ulterior de los Estados partes. El término «referirse a», en cambio, abarca las situaciones en que la práctica ulterior y el posible acuerdo de las partes son anteriores al pronunciamiento y este solo indica la existencia de ese acuerdo o práctica. En el párrafo 3 se utiliza la palabra «referirse a», en lugar de «reflejar», para dejar claro que ningún acuerdo o práctica ulterior de las partes está comprendido en el propio pronunciamiento. No obstante, este término no exige que el pronunciamiento se refiera de manera explícita a esa práctica o acuerdo ulterior[1007].

Párrafo 3, segunda oración – presunción contra el silencio como aceptación

18) A menudo, un acuerdo de todas las partes en un tratado, o incluso de únicamente una gran parte de ellas, acerca de la interpretación expuesta en un pronunciamiento solo es concebible si puede considerarse la falta de objeciones como acuerdo de los Estados partes que han guardado silencio. El proyecto de conclusión 10 [9], párrafo 2, establece, como norma general, que «[e]l silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción». La segunda oración del párrafo 3 no pretende reconocer una excepción a esta norma general, sino que trata de precisar y aplicar la norma a los casos típicos de pronunciamientos de órganos de expertos.

19) Esto significa, en particular, que generalmente no cabe esperar que los Estados partes adopten una posición con respecto a cada pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, ya esté dirigido a otro Estado o a todos los Estados en general[1008]. Por otra parte, los Estados partes pueden estar obligados, en virtud del deber de cooperar previsto en determinados tratados, a tener en cuenta el pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado que vaya específicamente dirigido a ellos[1009], o las comunicaciones individuales relativas a su propia conducta[1010], y reaccionar al respecto.

[1001] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 69/157, de 18 de diciembre de 2014, aprobada sin votación, y 68/147, de 18 de diciembre de 2013, aprobada sin votación.

[1002] Decisión I/7 sobre el examen del cumplimiento, adoptada en la primera reunión de las partes en la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (véase la nota 966 *supra*), anexo, párr. 37; V. Koester, «The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)», en G. Ulfstein y otros (eds.), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2007, págs. 179 a 217, en especial pág. 203.

[1003] Véanse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 28/16, de 26 de marzo de 2015, y 28/19, de 27 de marzo de 2015, aprobadas sin votación (Informe del Consejo de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53* (A/70/53)).

[1004] Véase la nota 967 *supra*.

[1005] Véase *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes 2009* (E/INCB/2009/1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.10.XI.1), párr. 278; véase también J. Csete y D. Wolfe, «Closed to reason: the International Narcotics Control Board and HIV/AIDS», Toronto/Nueva York, Canadian HIV/AIDS Legal Network/International Harm Reduction Development Program of the Open Society Institute, 2007, págs. 12 a 18.

[1006] Véase D. Barrett, *'Unique in International Relations'? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies*, Londres, International Harm Reduction Association, 2008, pág. 8.

[1007] Los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos rara vez han intentado identificar concretamente la práctica de las partes con miras a interpretar una determinada disposición de un tratado; véanse ejemplos en Nolte, «Jurisprudence under special regimes…» (nota 403 *supra*), págs. 210 a 278; Schlütter (nota 992 *supra*), pág. 318.

[1008] Véase Ulfstein, «Individual complaints» (nota 984 *supra*), pág. 97; Van Alebeek y Nollkaemper (nota 982 *supra*), pág. 410.

[1009] Como los pronunciamientos acerca de la validez de una reserva que hayan formulado, véanse la directriz 3.2.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados y el párrafo 3 del comentario correspondiente, aprobados por la Comisión en 2011, *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 253.

[1010] C. Tomuschat, «Human Rights Committee», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/EPIL), párr. 14 («los Estados partes no pueden simplemente ignorarlas [las observaciones del Comité sobre las comunicaciones individuales], sino que deben examinarlas de buena fe *(bona fide)* […] no reaccionar en absoluto […] supondría una violación […]»).

Párrafo 4 – sin perjuicio de otra contribución

20) Además de poder dar lugar o referirse a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior de las propias partes en el sentido de los artículos 31, párrafo 3 *a* y *b*, y 32, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados también pueden contribuir de otro modo a la interpretación de un tratado y, por tanto, ser pertinentes para dicha interpretación. En el párrafo 4 se aborda esta posibilidad mediante una cláusula «sin perjuicio». No obstante, la expresión «de otro modo» no se utiliza porque la Comisión atribuya menos importancia a las contribuciones de órganos de expertos creados en virtud de tratados a la interpretación de un tratado que sean distintas de las descritas en el párrafo 3.

21) La Corte Internacional de Justicia ha confirmado, en particular en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*, que los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos son pertinentes para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que esos pronunciamientos den lugar o se refieran a un acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3:

> Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados partes en el primer Protocolo Facultativo [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como mediante sus «observaciones generales».
>
> La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe asignar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de dicho tratado[1011].

22) Los tribunales y cortes regionales de derechos humanos también han recurrido a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados como instrumento de ayuda para la interpretación de los tratados que están llamados a aplicar[1012]. Muchos tribunales y cortes nacionales consideran que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes para ellos[1013], «merecen que se les dé un peso considerable al determinar el sentido de un derecho pertinente y la existencia de una infracción»[1014].

23) La propia Comisión, en su comentario de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, abordó la cuestión de la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos con respecto a las reservas[1015].

24) Las decisiones judiciales no siempre han explicado plenamente la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados a los efectos de la interpretación de un tratado, ya sea desde el punto de vista de las reglas de interpretación recogidas en la Convención de Viena de 1969 o de otro modo[1016].

[1011] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (fondo), fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 981 *supra*), pág. 664, párr. 66; véase también *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 10 y ss., en especial pág. 27, párr. 39; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 400 *supra*), págs. 179 a 181, párrs. 109, 110 y 112, y págs. 192 y 193, párr. 136, donde la Corte se refiere a varios pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; véase asimismo *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 101, donde se hace referencia a pronunciamientos del Comité contra la Tortura al determinar el alcance temporal de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

[1012] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C, núm. 268, párrs. 189 y 191; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, comunicación núm. 218/98, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 29º período ordinario de sesiones, Trípoli, mayo de 2001, párr. 24 («Al interpretar y aplicar la Carta [Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos], la Comisión […] también debe respetar la Carta y las normas internacionales de derechos humanos, que incluyen las decisiones y observaciones generales de los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados»); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, comunicación núm. 155/96, decisiones sobre comunicaciones presentadas ante la Comisión Africana, 30º período ordinario de sesiones, Banjul, octubre de 2001, párr. 63 («[…] se inspira en la definición de la expresión "desalojos forzosos" del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en su observación general núm. 7]»); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Marguš v. Croatia* [GC], demanda núm. 4455/10, ECHR 2014 (fragmentos), párrs. 48 a 50; *Baka v. Hungary*, demanda núm. 20261/12, sentencia de 27 de mayo de 2014, párr. 58; *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, demanda núm. 8139/09, ECHR 2012 (fragmentos), párrs. 107, 108, 147 a 151, 155 y 158; *Gäfgen v. Germany* [GC], demanda núm. 22978/05, ECHR 2010, párrs. 68 y 70 a 72; véase también «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), págs. 662 a 675, párrs. 116 a 155.

[1013] Véanse las decisiones citadas en el informe de la Comisión de Venecia, «Report on the implementation of international human rights treaties…» (nota 980 *supra*), pág. 31, párr. 76, notas 172 y 173 (Irlanda, Tribunal Supremo, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and the Attorney-General* [2002] IESC 13 (1 de marzo de 2002), párr. 36; Francia, Consejo de Estado, *Hauchemaille v. France*, causa núm. 238849, 11 de octubre de 2001, párr. 22).

[1014] «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), pág. 684, párr. 175; véase también Alemania, Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE, vol. 134, págs. 1 y ss., en especial pág. 22, párr. 48.

[1015] «Obviamente, si esos órganos han sido investidos de una potestad de decisión, las partes deberán respetar las decisiones que adopten, pero esto solo ocurre actualmente en relación con algunos tribunales regionales de derechos humanos. En cambio, los demás órganos de vigilancia carecen de la potestad jurídica de decidir, tanto en el ámbito de las reservas como en las demás esferas en que disponen de una competencia de constatación. Por lo tanto, sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes y los Estados partes solo deben "tener en cuenta" su evaluación de buena fe» (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 253, párrafo 3 del comentario de la directriz 3.2.3) [se omiten las notas].

[1016] Véase «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), pág. 627, párr. 17; Van Alebeek y Nollkaemper (nota 982 *supra*), pág. 401; una de las pocas sentencias en que así se hizo fue la dictada por el Tribunal Superior de Osaka el 28 de octubre de 1994, 1513 *Hanrei Jiho* 71, 87 (citada en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (véase la nota 541 *supra*), pág. 628, párr. 20, nota 22), que también puede consultarse en *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), págs. 109 a 150, en especial págs. 118 a 133; y Alemania, Tribunal Administrativo Federal (véase la nota 1014 *supra*).

La Comisión ha examinado las alternativas que figuran a continuación (párrafos 25 y 26 *infra*).

25) En opinión de algunos miembros, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados son una forma de práctica que puede contribuir a la interpretación de un tratado, basándose, entre otras cosas, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, donde la Corte Internacional de Justicia se refirió a la «práctica habitual del Comité de Derechos Humanos» para apoyar su propia interpretación de una disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1017]. Según esos miembros, los tribunales y cortes internacionales y nacionales suelen acudir a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados en la forma discrecional en la que el artículo 32 describe los medios de interpretación complementarios[1018]. Además, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados también contribuyen, en tanto que práctica en virtud del tratado, «a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»[1019]. Estos miembros consideraron también que el proyecto de conclusión 12 [11], párrafo 3, podría contribuir a resolver la cuestión, ya que la práctica de una organización internacional en la aplicación de su propio instrumento constitutivo y un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado tienen en común que, si bien no son la práctica de una parte en el tratado, son, no obstante, conductas exigidas por el tratado cuyo propósito es contribuir a la correcta aplicación del tratado.

26) En opinión de otros miembros, los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados no son, como tales, una forma de práctica en el sentido del presente tema. Se señaló que el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, dispone que «[p]or otra "práctica ulterior" […] se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración»[1020], y que, por tanto, el tema se limita a la práctica de las propias partes. También se dijo que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados no podían ser una forma de aplicación del tratado y desempeñar simultáneamente una función de vigilancia. Según esos miembros, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo* daba a entender que el mandato y la función de los órganos de expertos creados en virtud de tratados, al igual que los de los tribunales, era vigilar la aplicación del tratado, no servir en sí mismos como medio de interpretación[1021].

27) En última instancia, la Comisión decidió limitarse, por el momento, a formular una cláusula «sin perjuicio» en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 13. La cuestión podrá reconsiderarse en segunda lectura, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los Estados[1022].

[1017] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 400 *supra*), pág. 179, párr. 109.

[1018] El Tribunal Superior de Osaka ha declarado de manera explícita lo siguiente: «Cabe considerar que las "observaciones generales" y los "dictámenes" […] deben utilizarse como medios de interpretación complementarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», Tribunal Superior de Osaka, sentencia de 28 de octubre de 1994 (nota 1016 *supra*), citada en «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), párr. 85, nota 178, que también puede consultarse en *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), págs. 129 y 130; véase también, por ejemplo, Países Bajos, Tribunal Central de Apelación, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (que puede consultarse en http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560); Reino Unido, por una parte, Cámara de los Lores, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 de junio de 2006 [2006] UKHL 26 («ningún valor») y, por otra parte, Cámara de los Lores, *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, párrs. 34 a 36 (que se basa en los pronunciamientos de órganos creados en virtud de tratados para establecer una norma de exclusión de pruebas que impide utilizar información obtenida mediante tortura), y Tribunal de Apelación, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, solicitud de revisión judicial (2005) EWCA Civ 1609 (2006) HRLR 7, párr. 101 (donde se cita la observación general núm. 31 del Comité de Derechos Humanos para establecer la aplicación extraterritorial de la Ley de Derechos Humanos de 1998); Sudáfrica, por una parte, Tribunal Superior de Witwatersrand, *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council* 2002 (6) BCLR, págs. 625 y ss., en especial pág. 629 («las observaciones generales son una fuente autorizada con arreglo al derecho internacional») citado en «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), pág. 625, párr. 11 y, por otra parte, Tribunal Constitucional, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, párrs. 26 y 37 (donde se rechaza [aplicar] el criterio de la «obligación mínima» establecido en la observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento núm. 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8 y Corr.1), anexo III, pág. 86); Japón, Tribunal de Distrito de Tokio, sentencia de 15 de marzo de 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, pág. 74 («la observación general no es una interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni condiciona la interpretación del tratado en el Japón»), citada en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-first Conference* (nota 541 *supra*), pág. 652, párr.87.

[1019] Véase, *supra*, el párrafo 15 del comentario del proyecto de conclusión 2 [1], nota 433; véase también el proyecto de conclusión 12 [11], párr. 3.

[1020] Los pronunciamientos de los órganos de expertos se enmarcan, en efecto, «en la aplicación del tratado», ya que esa «aplicación», según la Comisión, «comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación» (véase, *supra*, el párrafo 18 del comentario del proyecto de conclusión 4).

[1021] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (fondo), fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 981 *supra*), págs. 663 y 664, párr. 66.

[1022] En su comentario del proyecto de conclusión 12 [11], párrafo 3, la Comisión señaló lo siguiente: «La Comisión tal vez reconsidere […] la definición de "otra práctica ulterior" que figura en los proyectos de conclusión 2 [1], párrafo 4, y 4, párrafo 3, para aclarar si la práctica de una organización internacional como tal debe incluirse en esa categoría, que, hasta ahora, se limita a la práctica de las partes» (véase la nota 937 *supra*).