

Capítulo IV

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

A. Introducción

29. En su 60.º 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 sobre el tema en su 61.º período de sesiones⁹. En su 61.º 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 del Grupo de Estudio giraron en torno a la determinación de las cuestiones que había que tratar, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema¹⁰.

30. Del 62.º período de sesiones al 64.º período de sesiones (2010 a 2012) se constituyó de nuevo 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 abordaron, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial¹¹, la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior¹² y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales¹³.

31. En el 63.º 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 Estudio¹⁴. En el 64.º 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 Estudio¹⁵. 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 Estudio¹⁶.

32. En el 64.º período de sesiones, la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio¹⁷, decidió también: *a*) modificar, a partir del 65.º 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»¹⁸.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

33. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660), que examinó en sus sesiones 3159.^a a 3163.^a, celebradas del 6 al 8 de mayo de 2013 y los días 10 y 14 del mismo mes.

34. En su primer informe, el Relator Especial, después de abordar el alcance, objetivo y posible resultado de la labor sobre el tema (párrs. 4 a 7), examinó la regla general y los medios de interpretación de los tratados (párrs. 8 a 28); los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación (párrs. 29 a 64); la definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medios de interpretación de un tratado (párrs. 65 a 118); y la atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado (párrs. 119 a 144). El informe contenía también información sobre el futuro programa de trabajo (párr. 145). El Relator Especial propuso un proyecto de conclusión en relación con cada una de las cuatro cuestiones abordadas en los párrafos 8 a 144¹⁹.

⁹ En su 2997.^a sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 353). Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibíd.*, anexo I. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, tomó nota de la decisión.

¹⁰ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

¹¹ Véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 345 a 354; y *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 337.

¹² Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 338 a 341; y *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 230 y 231.

¹³ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 232 a 234.

¹⁴ Para el texto de las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344.

¹⁵ Para el texto de las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 240.

¹⁶ *Ibíd.*, párrs. 235 a 239.

¹⁷ *Ibíd.*, párrs. 226 y 239.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 227.

¹⁹ Los cuatro proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial decían lo siguiente:

«*Proyecto de conclusión 1. Regla general y medios de interpretación de los tratados*

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como obligación convencional y como reflejo del derecho internacional consuetudinario, enuncia la regla general sobre la 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.

[...]

35. En su 3163.^a sesión, el 14 de mayo de 2013, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 1 a 4, contenidos en el primer informe del Relator Especial, al Comité de Redacción.

36. En su sesión 3172.^a, el 31 de mayo de 2013, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión (véase la sección C.1 *infra*).

37. En sus sesiones 3191.^a a 3193.^a, celebradas los días 5 y 6 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN

38. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión.

Conclusión 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

Proyecto de conclusión 2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación auténticos

Los acuerdos ulteriores entre las partes en un tratado y la práctica ulteriormente seguida por ellas son medios de interpretación auténticos que habrán de tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados.

Los acuerdos ulteriores entre las partes y la práctica ulteriormente seguida por ellas podrán orientar una interpretación evolutiva de un tratado.

[...]

Proyecto de conclusión 3. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medio de interpretación de un tratado

A los efectos de la interpretación de un tratado, un “acuerdo ulterior” es un acuerdo manifestado entre las partes después de la celebración de un tratado en relación con su interpretación o la aplicación de sus disposiciones.

A los efectos de la interpretación de un tratado, una “práctica ulterior” consiste en el comportamiento, incluidos los pronunciamientos, de una o más de las partes en el tratado después de su celebración en relación con su interpretación o aplicación.

La práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado es un medio de interpretación con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena. En determinadas circunstancias, puede utilizarse otra práctica ulterior como medio complementario de interpretación de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.

[...]

Proyecto de conclusión 4. Posibles autores y atribución de la práctica ulterior

La práctica ulterior puede consistir en el comportamiento de todos los órganos estatales que puede atribuirse a un Estado a los efectos de la interpretación del tratado.

La práctica ulterior de agentes no estatales, incluida la práctica social, puede tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación del tratado en la medida en que se recoja en la práctica estatal ulterior o sea adoptada por ella o como prueba de esa práctica estatal.»

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 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 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 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 4. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por «acuerdo ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 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 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 con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 65.º PERÍODO DE SESIONES

39. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones.

Introducción

1) Los proyectos de conclusión que figuran a continuación se basan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («la Convención de Viena de 1969»), que constituye el marco de la labor llevada a cabo sobre el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados». La Comisión considera que las normas pertinentes de la Convención de Viena gozan actualmente de aceptación generalizada²⁰.

2) Los cinco primeros proyectos de conclusión son de carácter general. Otros aspectos del tema, en particular las cuestiones más específicas, se abordarán en una fase ulterior de la labor.

Conclusión 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 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 de la Convención de Viena, tomado en su conjunto, es la «regla general» de interpretación de los tratados²¹. En segundo lugar, que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena enumeran varios «medios de interpretación» que deberán (art. 31) o podrán (art. 32) tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados²².

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 1 se hace hincapié en la relación existente entre los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, 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 el 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 disposiciones²³ deben examinarse juntas, 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 31²⁴, todos los cuales deberán tenerse en cuenta en el proceso de interpretación, y los «medios de interpretación complementarios», a los que se podrá acudir cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

4) La segunda frase del párrafo 1 del proyecto de conclusión 1 confirma que las reglas que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena reflejan el derecho internacional consuetudinario²⁵. Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. En particular, tal es el caso de la Corte Internacional de Justicia²⁶, el

²¹ Título del artículo 31 de la Convención de Viena.

²² Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), 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 y ss., en especial págs. 118 y 119 y 126 a 128.

²³ 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; y R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, págs. 36 a 38.

²⁴ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), págs. 244 y 245, 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 y ss., en especial pág. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed. rev., Manchester University Press, 1984, págs. 141 y 142; Villiger, «The 1969 Vienna Convention...» (nota 22 *supra*), págs. 127 y 128.

²⁵ 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 University Press, 2011, pág. 841, en especial págs. 843 a 846, párrs. 4 a 8; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, págs. 285 y 286; Gardiner (nota 23 *supra*), en especial págs. 12 a 19; Villiger, «The 1969 Vienna Convention...» (nota 22 *supra*), págs. 132 y 133.

²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial pág. 46, párr. 65 (Convención de Viena, art. 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights*

²⁰ Véase *infra* el comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 1, y el comentario correspondiente.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)²⁷, los arbitrajes entre Estados²⁸ del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³² y los tribunales establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados

(*Costa Rica v. Nicaragua*), fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, 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*, pág. 43, en especial págs. 109 y 110, párr. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, en especial pág. 174, párr. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, en especial pág. 48, párr. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, en especial págs. 645 y 646, párr. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, en especial pág. 501, párr. 99 (Convención de Viena, art. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1059, párr. 18 (Convención de Viena, art. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial págs. 21 y 22, párr. 41 (Convención de Viena, art. 31; el artículo 32 no se menciona pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios).

²⁷ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva del TDIM, de 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, en especial pág. 28, párr. 57.

²⁸ *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, laudo arbitral de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII (n.º de venta: E/F.06.V.8), pág. 35, en especial pág. 62, párr. 45 (Convención de Viena, arts. 31 y 32).

²⁹ El artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento 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. 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. Por ejemplo: informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Gasolina*, WT/DS2/AB/R, aprobado el 20 de mayo de 1996, secc. III.B (Convención de Viena, art. 31.1); informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996, secc. D (Convención de Viena, arts. 31 y 32). Véase también «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, págs. 210 y ss., en especial pág. 215.

³⁰ *Golder v. the United Kingdom*, sentencia, 21 de febrero de 1975, demanda n.º 4451/70, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A n.º 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, sentencia, 4 de abril de 2000, demanda n.º 26629/95, ECHR 2000-III, párr. 58 (Convención de Viena, art. 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda n.º 34503/97, ECHR 2008, párr. 65 (implícitamente, Convención de Viena, arts. 31 a 33).

³¹ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A n.º 2, párr. 19 (implícitamente, Convención de Viena, arts. 31 y 32); *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 94, párr. 19 (Convención de Viena, art. 31.1)).

³² *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, sentencia, 25 de febrero de 2010, asunto C-386/08, *Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-01289*, párrs. 41 a 43 (Convención de Viena, art. 31).

y Nacionales de Otros Estados³³. Por lo 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 en relación con los tratados comprendidos en el ámbito de la Convención y como derecho internacional consuetudinario entre todos los Estados.

5) La Comisión examinó asimismo la posibilidad de mencionar el artículo 33 de la Convención de Viena en el proyecto de conclusión 1 y se planteó si esa disposición también reflejaba el derecho internacional consuetudinario. El artículo 33 podía 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 3) a), un «acuerdo ulterior» podría, por ejemplo, formularse en dos o más idiomas y podrían surgir dudas con respecto a la relación de cualquier acuerdo ulterior con las diferentes versiones lingüísticas del propio tratado. Sin embargo, la Comisión decidió no abordar esas cuestiones por el momento, sino dejar abierta la posibilidad de hacerlo si volvía a plantearse la cuestión en la futura labor que se llevase a cabo sobre ese tema.

6) La Comisión, en particular, examinó si las normas establecidas en el artículo 33 reflejaban derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros consideraban que todas las reglas contenidas en el artículo 33 reflejaban derecho internacional consuetudinario, mientras que otros preferían dejar abierta la posibilidad de que algunas, pero no todas, las reglas que figuraban en esa disposición se consideraran como tales. La jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales aún no ha abordado plenamente 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 reconoció que el párrafo 4 del artículo 33 reflejaba derecho internacional consuetudinario³⁴. No está tan claro si en la causa relativa a *la Isla de Kasikili/Sedudu* la Corte Internacional de Justicia consideró que el párrafo 3 del artículo 33 refleja una norma consuetudinaria³⁵. El Órgano de Apelación de la OMC ha establecido que las disposiciones de los párrafos 3 y 4 reflejan derecho consuetudinario³⁶. En el caso

³³ *National Grid plc c. la República Argentina*, decisión sobre competencia (CNUDMI), 20 de junio de 2006, párr. 51 (Convención de Viena, arts. 31 y 32) (disponible en línea en www.italaw.com); *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. 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, arts. 31 y 32).

³⁴ *LaGrand* (véase la nota 26 *supra*), pág. 502, párr. 101.

³⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), pág. 1062, párr. 25; puede que la Corte aplicara esta disposición únicamente porque las partes no se opusieron a ello.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, aprobado el 17 de febrero de 2004, párr. 59 (Convención de Viena, art. 33.3)); informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, aprobado el 21 de marzo de 2005, párr. 424, donde el Órgano de Apelación aplica y menciona expresamente el artículo 33.3) de la Convención de Viena sin dar a entender que tenga carácter consuetudinario; informe

(Continuación en la página siguiente.)

Deuda externa alemana, el Tribunal Arbitral falló que el párrafo 1 «incorporaba» un «principio»³⁷. 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, reflejaba derecho consuetudinario³⁸. Por lo tanto, en la jurisprudencia existen indicios significativos de que el artículo 33, en su totalidad, realmente refleja derecho internacional consuetudinario.

7) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 1 se reproduce el texto del artículo 31 1), dada su importancia para el tema. El artículo 31 1) es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados, de acuerdo con la regla general recogida en el conjunto del artículo 31. El propósito es contribuir a garantizar 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 parte, en los proyectos de conclusiones siguientes. Sin embargo, el objetivo de reiterar el artículo 31 1) en un párrafo aparte no es dar a entender que ese párrafo y los medios de interpretación mencionados en él son más importantes en el contexto del propio artículo 31. Todos los medios de interpretación del artículo 31 forman parte de una regla única integrada³⁹.

8) En el párrafo 3 se reproduce el texto de los artículos 31 3) a) y b) de la Convención de Viena, a fin de situar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como aspectos principales del presente tema, en el marco jurídico general de interpretación de los tratados. Por consiguiente, el encabezamiento del artículo 31 3) «[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta» se mantiene para enfatizar 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 31⁴⁰.

(Continuación de la nota 36.)

del Órgano de Apelación, *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, aprobado el 23 de octubre de 2002, párr. 271 (Convención de Viena, art. 33 4)).

³⁷ *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 (n.º de venta: E/F.90.V.7), pág. 67, en especial pág. 92, párr. 17; véase también ILR, vol. 59 (1980), pág. 494, en especial pág. 528, párr. 17.

³⁸ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva del TIDM (véase la nota 27 *supra*), en especial párr. 57; *Golder v. the United Kingdom* sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 30 *supra*), párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 30 *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 30 *supra*), párr. 65 (Convención de Viena, arts. 31 a 33).

³⁹ *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 párrafo 5 del proyecto de conclusión 1.

⁴⁰ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8; «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), págs. 169 y ss., en especial pág. 177.

9) En el párrafo 4 se aclara que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado que no cumple todos los criterios del artículo 31 3) b) queda, no obstante, englobada en el ámbito de aplicación del artículo 32. El artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios⁴¹. 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 Comisión⁴² y, desde entonces, así ha sido reconocido por los tribunales judiciales y arbitrales internacionales⁴³, y por los tratadistas⁴⁴ (véase en más detalle, párrs. 22 a 36 del comentario del proyecto de conclusión 4).

11) Sin embargo, la Comisión consideró que la práctica ulterior que no se seguía «en la aplicación del tratado» no debía figurar, en el presente proyecto de conclusiones, como un medio de interpretación complementario. Ahora bien, esa práctica también podía constituir un medio de interpretación complementario pertinente en determinadas circunstancias⁴⁵. No obstante, dicha práctica va más allá de

⁴¹ Yasseen (nota 24 *supra*), en especial pág. 79.

⁴² *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 198, párr. 13.

⁴³ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), en especial pág. 1096, párrs. 79 y 80; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995, demanda n.º 15318/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A n.º 310, párrs. 79 a 81; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase la nota 31 *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*, pág. 280, en especial párr. 50; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, aprobado el 22 de junio de 1998, párr. 90; véanse también los informes del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – EPO*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, aprobados el 23 de julio de 2012, párr. 452.

⁴⁴ Yasseen (nota 24 *supra*), en especial 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 24 *supra*), en especial pág. 138: [...] *paragraph 3(b) of Article 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 with the meaning of Article 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, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek (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.

⁴⁵ L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and “family-resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), págs. 53 y ss., en especial pág. 59 a 62.

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 (véase el proyecto de conclusión 5 y el comentario correspondiente). Así pues, en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 1 se exige 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”».

12) La Comisión consideró importante terminar el proyecto de conclusión 1 haciendo hincapié en el párrafo 5⁴⁶ en que, a pesar de la estructura del proyecto de conclusión 1, que va de lo general a lo particular, el proceso de interpretación es «una sola operación combinada» que exige que se preste «la debida atención» a los diversos medios de interpretación⁴⁷. La expresión «una sola operación combinada» procede del comentario de la Comisión sobre el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966⁴⁸. En ese contexto, la Comisión también dijo que deseaba «subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad»⁴⁹.

13) El párrafo 5 del proyecto de conclusión 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 indicados en los artículos 31 y 32. Sin embargo, 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 1⁵⁰. Así se evita que se malinterprete que alguno de los diversos medios tiene prioridad sobre los demás, independientemente de la disposición del tratado o del caso de que se trate.

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 31⁵¹. Aunque en su comentario acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados la Comisión

a veces había utilizado 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 su función de herramienta o instrumento en el proceso de interpretación⁵². 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»⁵³. Al igual que los tribunales suelen comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado, para luego analizar, en un proceso interactivo⁵⁴, esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado⁵⁵ en cualquier caso de interpretación de los tratados debe determinarse en primer lugar la pertinencia concreta de los diversos medios de interpretación antes de que puedan «mezclarse en el crisol»⁵⁶ para lograr una interpretación correcta, otorgándoles la debida importancia 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 cuestión⁵⁷. 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 exige la regla que se va a aplicar. La evaluación debería incluir, si es posible y factible, un examen de las evaluaciones y decisiones anteriores pertinentes en la misma esfera y quizá también en otras⁵⁸.

⁵² Véase el acta resumida de la 3172.^a sesión, celebrada el 31 de mayo de 2013.

⁵³ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*, págs. 240 y 241, párr. 6; Yasseen (nota 24 *supra*), en especial pág. 58; Sinclair (nota 24 *supra*), en especial 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 on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial pág. 427, párr. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 69, 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 (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 3, en especial págs. 32 y 33, párr. 39.

⁵⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

⁵⁷ Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), proyecto de conclusión 1, párr. 2, en especial párr. 28, y, en general, párrs. 10 a 27.

⁵⁸ En el primer informe (*ibíd.*), 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.

⁴⁶ Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660); «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), en especial págs. 171 y 177.

⁴⁷ 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), párrs. 42 a 57; véase también «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), en especial pág. 183.

⁴⁸ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párr. 8.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Se trataba de una propuesta del Relator Especial, véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), párr. 28 («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 *ibíd.*, párrs. 8 a 27.

⁵¹ Véase también el comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 1; Villiger, «The 1969 Vienna Convention...» (nota 22 *supra*), pág. 129; Daillier, Forteau y Pellet (nota 25 *supra*), en especial págs. 284 a 289.

16) La Comisión debatió acerca de si sería apropiado hacer referencia, en el proyecto de conclusión 1, a la «naturaleza» del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de otorgar más o menos importancia a determinados medios de interpretación⁵⁹. Algunos miembros opinaban que la naturaleza objeto del tratado (por ejemplo, el hecho de que las disposiciones se refieran a cuestiones puramente económicas o que se ocupen más bien de los derechos humanos de la persona, y que las normas del tratado sean más técnicas o estén más orientadas a la promoción de los valores), así como su estructura básica y su función (por ejemplo, que las disposiciones tengan un carácter más recíproco o estén más orientadas a proteger un bien común), pueden influir en la interpretación. Señalaron que la jurisprudencia de los diferentes tribunales judiciales y arbitrales internacionales daba a entender que así era⁶⁰. También se mencionó que el concepto de «naturaleza» de un tratado no era ajeno a la Convención de Viena (véase, por ejemplo, el artículo 56 1) b))⁶¹ 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 tratados⁶². Sin embargo, en opinión de otros miembros, el proyecto de conclusión no debía referirse a la «naturaleza» del tratado, a fin de preservar la unidad del proceso de interpretación y evitar cualquier tipología 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 tratado⁶³. Finalmente, la Comisión

decidió dejar abierta la cuestión y no hacer referencia a la naturaleza del tratado en el proyecto de conclusión 1 por el momento.

Conclusión 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 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 3) a) y b) de la Convención de Viena como «medios auténticos de interpretación», la Comisión indica la razón por la cual esos medios son importantes para la interpretación de los tratados⁶⁴. La Comisión sigue de esta manera el comentario formulado en 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 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 tratado⁶⁵.

2) Sin embargo, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31 3) a) y b) no son los únicos «medios auténticos de interpretación». Analizar el sentido corriente del texto del tratado, en particular, también es un medio de esta índole. 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 tratado⁶⁶.

Anuario... 2011, vol. II (tercera parte), pág. 290 (comentario de la directriz 4.2.5, párr. 3). Por otra parte, el proyecto de artículo 6 de los 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, párr. 101 (comentario del artículo 6, párr. 3).

⁶⁴ Véase R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992, vol. I, pág. 1268, párr. 630; G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points», *The British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, pág. 203 a 293, en especial págs. 223 a 225; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2.ª reclamación)*, WT/DS353/R, aprobado el 23 de marzo de 2012, párr. 7.953.

⁶⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), párr. 243, párr. 15.

⁶⁶ *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 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, en su tercer informe sobre el derecho de los tratados,

⁵⁹ Véase el primer informe (*ibíd.*), proyecto de conclusión 1, párr. 2, y el análisis de los párrafos 8 a 28.

⁶⁰ 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, aprobado 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 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], sentencia, 4 de febrero de 2005, demandas n.ºs 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 n.º 16, párr. 58); véase también *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), cap. XI, secc. B.3, págs. 185 a 187, y «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), págs. 216, 244 a 246, 249 a 262 y 270 a 275.

⁶¹ M. Forteau, «Les techniques interpretatives de la Cour Internationale de Justice», *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n.º 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 (voto particular concurrente del Magistrado Dillard), *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en especial pág. 150 y pág. 154, nota 1.

⁶² 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 (tercera parte) (la directriz 4.2.5 se refiere a la naturaleza de las obligaciones del tratado, más que a la naturaleza del tratado en sí).

⁶³ 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,

Por lo tanto, el término «auténtico» se refiere a las diferentes formas de «prueba objetiva» o «prueba del comportamiento» de las partes, que refleja la «coincidencia de pareceres entre las partes» en cuanto al sentido del tratado.

3) Al describir los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a tenor del artículo 31 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 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) Sin embargo, 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 3) a) y b) no implica, sin embargo, que esos medios surtan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes. De acuerdo con el encabezamiento del artículo 31 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 31⁶⁷. Por esta razón, y contrariamente a la opinión de algunos autores⁶⁸, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado no son necesariamente concluyentes ni jurídicamente vinculantes⁶⁹. Por lo tanto, cuando la Comisión señaló que un «acuerdo ulterior» constituía «una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos

explicaba que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación, véase *ibíd.*, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, págs. 56 y 57, párr. 21.

⁶⁷ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 241, párrs. 8 y 9.

⁶⁸ 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 University Press, 2011, págs. 105 a 122, en especial pág. 111; Gardiner (nota 23 *supra*), en especial pág. 32; O. Dörr, «Commentary on article 31 of the Vienna Convention», en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlín, Springer, 2012, págs. 521 y ss., 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 y ss., en especial pág. 898.

⁶⁹ 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 y ss., en especial págs. 194 y 195; con reservas: J. M. Sorel y B. Eveno, «Commentary on article 31 of the Vienna Convention», en Corten y Klein (eds.) (nota 25 *supra*), pág. 804, en especial pág. 825, párrs. 42 y 43; véase también «Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), pág. 307, pág. 375, párr. 16.4.3.

de la interpretación del tratado»⁷⁰, 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, afirmó en su tercer informe sobre el tema que puede ser difícil distinguir la práctica ulteriormente seguida por las partes conforme a la disposición que se convirtió en el artículo 31 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 posterior 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 posterior 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 acuerdo⁷¹.

Mientras que 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, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado deben ser concluyentes con respecto a dicha interpretación cuando «las partes consideran que están obligadas por la interpretación». Sin embargo, siempre puede suceder que las disposiciones del derecho interno prohíban al gobierno de un Estado que llegue a un acuerdo vinculante en esos casos sin que se cumplan ciertos requisitos —en su mayoría procedimentales— con arreglo a su constitución⁷².

6) La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante está particularmente clara en los casos en que el propio tratado así lo prevé. El artículo 1131 2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, establece 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 tal 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 indicados en virtud del artículo 31 3) a) y b)⁷³.

⁷⁰ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

⁷¹ *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 58, párr. 25.

⁷² Esta cuestión sea abordará en una fase ulterior de los trabajos sobre el tema.

⁷³ 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; e informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R y Corr.1, WT/DS286/AB/R y Corr.1, aprobado el 27 de septiembre de 2005, párr. 273; informe 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)*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1, aprobado el 11 de diciembre de 2008, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, aprobado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 383 y 390.

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 posteriores y la práctica posterior a que se refiere el artículo 31 3) a) y b). La Comisión no ha empleado los términos «interpretación auténtica» o «interpretación que hace fe» en el proyecto de conclusión 2 porque esos conceptos se entienden a menudo en el sentido de un acuerdo necesariamente concluyente o vinculante entre las partes sobre la interpretación de un tratado⁷⁴.

8) 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». En consecuencia, 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»⁷⁵ y posteriormente declaró que la práctica posterior «análogamente [...] constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado»⁷⁶. 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 interpretación⁷⁷.

9) La distinción entre cualquier «acuerdo ulterior» (art. 31 3) a)) y una «práctica posteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes» (art. 31 3) b)) no denota una diferencia con respecto a su carácter auténtico⁷⁸. 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 posterior» solo tiene ese efecto según «el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»⁷⁹. Por lo tanto, la diferencia entre un «acuerdo ulterior entre las partes» y una «práctica posteriormente 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 acuerdo⁸⁰.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005, parte II, cap. H, párr. 23 (con referencia a Jennings y Watts (eds.) (nota 64 *supra*), pág. 1268, párr. 630); Gardiner (nota 23 *supra*), en especial pág. 32; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, pág. 153; Skubiszewski (nota 68 *supra*), en especial pág. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, pág. 43; véase también «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), pág. 242, párr. 4.5.

⁷⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 15.

⁷⁷ Gardiner (nota 23 *supra*), en especial págs. 32, 354 y 355; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 74 *supra*), en especial págs. 152 y 153.

⁷⁸ Primer informe sobre los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), párr. 69.

⁷⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1983, pág. 294.

⁸⁰ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), en especial pág. 1087, párr. 63; véase también el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente.

10) Los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por los tribunales judiciales y arbitrales internacionales o los órganos creados en virtud de tratados en casos específicos. Los acuerdos posteriores o la práctica posterior a que se refiere el artículo 31 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 judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados procede más bien de otras fuentes, la mayoría de las veces del tratado que se debe interpretar. Sin embargo, las sentencias y demás resoluciones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la determinación de los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios auténticos de interpretación si reflejan tales acuerdos posteriores y práctica posterior de las partes mismas o los inspiran⁸¹.

11) Los proyectos de conclusión 1 y 4 distinguen entre la «práctica posterior» por la que consta el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, por un lado, y otra práctica posterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32⁸². Esa «otra» práctica interpretativa posterior 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 lo tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación⁸³.

12) La última parte del proyecto de conclusión 2 deja claro que la utilización de los acuerdos posteriores y la práctica posterior 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.

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

Los acuerdos posteriores y la práctica posterior 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 3 aborda el papel que los acuerdos posteriores y la práctica posterior 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.

⁸¹ Este aspecto se abordará con más detalle en una etapa posterior de la labor sobre el tema; véase por ejemplo «Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), págs. 381 y ss., párr. 17.3.1.

⁸² Véase en particular el comentario del proyecto de conclusión 4.3, párrs. 22 a 36.

⁸³ Véase en más detalle el comentario del proyecto de conclusión 4.3, párr. 34.

2) En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal⁸⁴ 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 el momento de su aplicación (interpretación «evolutiva» o «dinámica»)⁸⁵. La observación incidental del árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas*, según la cual «un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época»⁸⁶, condujo a muchos tribunales judiciales y arbitrales internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea⁸⁷. Al mismo tiempo, el Tribunal que conoció del asunto *Rin de Hierro* constató⁸⁸ que «una interpretación evolutiva de los tratados obtiene el apoyo general de los principales tratadistas».

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 abarcara totalmente el elemento temporal» y, por ello, «decidió omitir el elemento temporal»⁸⁹. 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 llegar a un acuerdo sobre 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 la «evolución del sentido» de los tratados⁹⁰.

⁸⁴ 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 y ss.; 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, n.º 2 (2008), págs. 109 y ss.; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

⁸⁵ Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation of treaties...» (nota *supra*).

⁸⁶ *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, laudo, 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 829, en especial pág. 845.

⁸⁷ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 242, párr. 11.

⁸⁸ *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (véase la nota 28 *supra*), en especial párr. 81; véase, por ejemplo, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2007, págs. 243 y 244; Fitzmaurice, «Dynamic (evolutive) interpretation of treaties...» (nota 84 *supra*); G. Distefano, «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n.º 2 (2011), págs. 373 y ss., en especial págs. 384 y 389 y ss.; 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*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pág. 173, en especial págs. 174 y ss.; Sorel y Eveno (nota 69 *supra*), en especial págs. 807 y 808, párr. 8; P.-M. Dupuy, «Evolutionary interpretation of treaties: between memory and prophecy», en Cannizzaro (ed.) (nota 68 *supra*), págs. 123 y ss., en especial págs. 125 y ss.; Kotzur (nota 84 *supra*), en especial párr. 14.

⁸⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 244, párr. 16; Higgins (nota *supra*).

⁹⁰ Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe

4) No se debe entender que el proyecto de conclusión 3 tome 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 3 destaca 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 lo tanto, llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados pueden ayudar 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 judiciales y arbitrales internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales judiciales y arbitrales internacionales que han utilizado la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque caso por caso para 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 juez *ad hoc* Guillaume en su declaración en la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*⁹¹. Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo conciernen principalmente a términos específicos de los tratados («repartición de las aguas»⁹²; «canal principal o Thalweg»⁹³; nombres de lugares⁹⁴; «desembocadura» de un río⁹⁵). Por otra parte,

del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), párr. 478.

⁹¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 26 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, pág. 290, 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, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota *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).

⁹² *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 (n.º de venta: E/F.00.V.7), pág. 3, 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 (Cambodia v. Thailand)*, fallo (fondo) de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6, en especial págs. 16 a 22.

⁹³ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), en especial págs. 1060 y 1061, párrs. 21 y 25.

⁹⁴ *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)*, decisión de 13 de abril de 2002, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), pág. 83, en particular pág. 110, párr. 3.5.

⁹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303, en especial págs. 338 y 339, párr. 48, y pág. 346, párr. 59.

los casos en los que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionados 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 Mundial⁹⁶. El carácter «genérico» de un término concreto en un tratado⁹⁷ y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga una duración continuada⁹⁸ también pueden dar lugar a un sentido evolutivo.

7) Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo 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 caso muy 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”»⁹⁹. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas «obligaciones de velar»¹⁰⁰ puede cambiar con el tiempo¹⁰¹ y ha hecho hincapié en que las normas sobre 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»¹⁰². 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»¹⁰³. 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*¹⁰⁴. En el asunto del

Rin de Hierro, el tribunal arbitral estimó que la viabilidad y la eficacia continuadas de un acuerdo ferroviario transfronterizo multidimensional era una razón suficientemente importante para que incluso normas bastante técnicas fueran objeto de una interpretación evolutiva¹⁰⁵.

8) En definitiva, la mayoría de los tribunales judiciales y arbitrales 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, considerando ciertos criterios (en particular los mencionados en el párrafo 6 *supra*) caso por caso. Por lo tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo debe estar justificada como consecuencia del proceso ordinario de interpretación de los tratados¹⁰⁶.

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 tratado¹⁰⁷.

En consecuencia, en el proyecto de conclusión 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. Por lo tanto, la «intención presunta» no es una voluntad original que se pueda determinar por separado y los trabajos preparatorios no son el elemento primordial en que conviene basarse para

del Hombre (1989), como la Corte Europea 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 han omitido las notas).

¹⁰⁵ *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (véase la nota 28 *supra*), laudo, en especial párr. 80: «[E]n 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»; véase también *Aegean Sea Continental Shelf* (nota 97 *supra*), en especial párr. 32, párr. 77; véase *Case concerning the 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 (n.º de venta: E/F.93.V.3), párr. 119, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

¹⁰⁶ Como se señala en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación de 2006, «[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 90 *supra*), párr. 478.

¹⁰⁷ *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/5809, párr. 199, párr. 15; véase también *ibíd.*, párr. 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»; por otro lado, Waldock, en su tercer informe sobre el derecho de los tratados, 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.

⁹⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276* (véase la nota 61 *supra*), en especial párr. 31, párr. 53.

⁹⁷ *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, párr. 3, en especial párr. 32, párr. 77; informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (véase la nota 90 *supra*), párr. 478.

⁹⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 26 *supra*), en especial párr. 243, párr. 66.

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Camarones*, WT/DS58/AB/R, aprobado el 6 de noviembre de 1998, párr. 130.

¹⁰⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 153 4) y art. 4 4) del anexo III.

¹⁰¹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (véase la nota 27 *supra*), en especial párr. 117.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 211.

¹⁰³ *Tyrer v. the United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978, demanda n.º 5856/72, Serie A n.º 26, párr. 31.

¹⁰⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (véase la nota 60 *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

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 se debe basar 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. Así pues, el intérprete tiene que responder a la pregunta de si puede presumirse que tenían la intención, al celebrar un tratado, de atribuir a un término utilizado en sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

10) El proyecto de conclusión 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*, párrafo 4 del comentario). Hay que entender, sin embargo, que requiere que se haga muestra de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Con ese fin, el proyecto de conclusión 3 señala los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medio de interpretación que puede ofrecer indicaciones útiles al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo¹⁰⁸.

11) Ese planteamiento se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales 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 derivaba de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación¹⁰⁹. En la causa de 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»¹¹⁰. 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 ulterior¹¹¹.

12) El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* es otro ejemplo de la manera como 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 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 establecido de una vez por todas, para tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional¹¹².

La Corte señaló 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»¹¹³. En su voto particular, 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»¹¹⁴.

13) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia a veces ha tenido en cuenta 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 el asunto *Furundžija*, por ejemplo, la Sala 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 (Convenio IV), el artículo 76 1) del primer Protocolo Adicional (Protocolo I) y el artículo 4 2) e) del segundo Protocolo Adicional (Protocolo II)¹¹⁵, 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, es decir, 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 sexual¹¹⁶.

¹⁰⁸ Véase también Gardiner (nota 23 *supra*), en especial págs. 253 y 254; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, 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. 9-3 (2010), págs. 443 a 494, en especial págs. 444, 445 y 465 y ss.

¹⁰⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276* (véase la nota 61 *supra*), en especial págs. 30 y 31, párrs. 49 a 51.

¹¹⁰ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 97 *supra*), en especial pág. 31, párr. 74.

¹¹¹ Véase también *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (nota 105 *supra*), en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

¹¹² *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 26 *supra*), pág. 242, párr. 64. Véase también Tratado de Límites Territoriales entre Costa Rica y Nicaragua («Tratado de Cañas-Jerez»), San José de Costa Rica, 15 de abril de 1858, *Colección de Tratados*, San José, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1907, pág. 159.

¹¹³ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 26 *supra*), pág. 243, párrs. 66 a 68.

¹¹⁴ *Ibid.*, voto particular concurrente del Magistrado Skotnikov, pág. 283, en especial pág. 285, párrs. 9 y 10.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998, causa n.º IT-95-17/1-T, [1998] 1 ICTY JR, pág. 466, en particular párrs. 165 y ss.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 179; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, causa n.º ICTR-96-13-T, párrs. 220 y ss., en particular párr. 228.

14) El enfoque del «instrumento vivo» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa, entre otras cosas, en diferentes formas de práctica ulterior¹¹⁷. 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 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) posterior¹¹⁸.

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» a tenor del artículo 31 3) c)¹¹⁹. 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 actuales¹²⁰.

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*¹²¹, 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 ejecutarla¹²².

En *Yoon y Choi*, el Comité subrayó que el sentido de cualquier derecho contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos evolucionaba con el tiempo y llegó a la conclusión de que el artículo 18 3) ofrecía en

¹¹⁷ «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.) (nota 29 *supra*), en especial págs. 246 y ss.

¹¹⁸ *Öcalan v. Turkey* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 12 de mayo de 2005, demanda n.º 46221/99, ECHR 2005-IV, párr. 163; *Vo v. France* [GC], sentencia, 8 de julio de 2004, demanda n.º 53924/00, ECHR 2004-VIII, párrs. 4 y 70; *Johnston and Others v. Ireland*, sentencia, 18 de diciembre de 1986, demanda n.º 9697/82, Serie A n.º 112, párr. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], sentencia, 7 de julio de 2011, demanda n.º 23459/03, ECHR 2011, párr. 63; *Soering v. the United Kingdom*, sentencia, 7 de julio de 1989, demanda n.º 14038/88, Serie A n.º 161, párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, sentencia, 4 de octubre de 2010, demanda n.º 61498/08, ECHR 2010, párrs. 119 y 120; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (véase la nota 30 *supra*), párr. 76.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo), 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 4, párr. 151; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (nota 60 *supra*), párrs. 130 a 133 y 137.

¹²⁰ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 31 de agosto de 2001, Serie C n.º 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, OC-10/89, Serie A n.º 10, párr. 38.

¹²¹ *Kindler c. el Canadá*, dictamen, 30 de julio de 1993, comunicación n.º 470/1991, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones Suplemento n.º 40 (A/48/40)*, vol. II, anexo XII.

¹²² *Judge c. el Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2003, comunicación n.º 829/1998, *ibíd.*, *quinquagésimo octavo período de sesiones Suplemento n.º 40 (A/58/40)*, vol. II, anexo VI, párr. 10.3.

ese momento al menos algún tipo de protección frente a la obligación de actuar en contra de creencias religiosas genuinas. El Comité llegó a esa conclusión puesto 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»¹²³.

17) Por último, los tribunales 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». Por el contrario, la definición se dejó para 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 inversión¹²⁴.

18) Por lo tanto, la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y otros órganos creados en virtud de tratados confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 pueden ayudar 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», «estatuto 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 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), tal como existen, por ejemplo, en los tratados de derechos humanos). Los «términos» de un tratado, dado que son elementos de las normas en él enunciadas, abarcan por lo tanto las normas correspondientes.

Conclusión 4. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por «acuerdo ulterior» como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 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 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.

¹²³ *Yoon y Choi c. la República de Corea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones n.ºs 1321/2004 y 1322/2004, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones Suplemento n.º 40 (A/62/40)*, vol. II, anexo VII, párr. 8.4.

¹²⁴ *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 n.º ARB/00/2 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 317, párr. 33 (véase también *ICSID Review*, vol. 17, n.º 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 n.º ARB/00/5 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 419, párr. 97.

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

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

2) En los tres casos, el término «ulterior» se refiere a actos que tienen lugar «después de la celebración del tratado»¹²⁵. Ese momento a menudo es anterior al momento en que el tratado entra en vigor (art. 24). Varias disposiciones de la Convención de Viena (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haber quedado «celebrado» antes de su efectiva entrada en vigor¹²⁶. 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 solo después de su entrada en vigor, cuando los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener lugar. En efecto, no se alcanza a discernir por qué 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 debería ser pertinente a los efectos de interpretación¹²⁷.

3) El artículo 31 2) de la Convención de Viena dispone que el «contexto» del tratado comprende ciertos «acuerdos» e «instrumentos»¹²⁸ 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 concertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado¹²⁹. Si se crean

después de ese plazo, tales «acuerdos» y los «instrumentos» acordados constituyen «acuerdos ulteriores» o práctica ulterior en virtud del artículo 31 3)¹³⁰.

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

5) El artículo 31 3) a) emplea el término «acuerdo ulterior» y no el de «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 debe celebrarse por escrito (art. 2 1) a)), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no conoce tal requisito¹³¹. El término «acuerdo» en la Convención de Viena¹³² y en el derecho consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado. El artículo 39 de la Convención de Viena, 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 enmienda un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan»¹³³. De igual modo, la Convención de Viena no prevé ningún requisito formal particular para los acuerdos y la práctica en virtud del artículo 31 3) a) y b)¹³⁴.

6) Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. En efecto, todo «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31 3) a) solo «habrá de tenerse en cuenta» en la interpretación de un tratado. Por consiguiente, 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 abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el tema.

tratado y el otro acuerdo podría impedir que se considere que este ha sido concertado con motivo de la «celebración» del tratado»).

¹³⁰ Véase *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14; véase asimismo Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial 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.

¹³¹ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial pág. 80, párr. 15; P. Gautier, «Commentary on article 2 of the Vienna Convention», en Corten y Klein (eds.) (nota 25 *supra*), en especial págs. 38 a 40, párrs. 14 a 18; J. Klabbbers, *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», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n.º 4 (1986), págs. 787 a 812, en especial págs. 794 y ss.

¹³² Véanse los artículos 2 1) a), 3, 24 2), 39 a 41, 58 y 60.

¹³³ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 255 (párrafo 4 del comentario al artículo 35); véase también Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial, pág. 513, párr. 7; P. Sands, «Commentary on article 39 of the Vienna Convention», en Corten y Klein (eds.) (nota 25 *supra*), págs. 963 y ss., en especial págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

¹³⁴ 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 Viena. Esta modificación era una mera cuestión de 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, n.º de venta: S.68.V.7, pág. 186; Fox (nota 69 *supra*), en especial pág. 63.

¹²⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 14.

¹²⁶ Segundo informe sobre el derecho de los tratados, de J. L. Briery, Relator Especial, *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, págs. 70 y ss.; *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 111; 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 on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial págs. 78 a 80, párrs. 9 a 14.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, la Declaración sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad, acordada por los Estados partes en el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 27 de septiembre de 2012.

¹²⁸ 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 este término puede incluir las declaraciones unilaterales si la otra parte no hace objeciones a ellas, véase Tribunal Constitucional Federal alemán, *BVerfGE* vol. 40, pág. 141, en especial pág. 176. Véase, en general, Gardiner (nota 23 *supra*), en especial págs. 215 y 216.

¹²⁹ Yasseen (nota 24 *supra*), en especial pág. 38; Jennings y Watts (eds.) (nota 64 *supra*), pág. 1274, párr. 632 («pero, por otro lado, el hecho de que haya transcurrido un período demasiado largo entre el

7) La Convención de Viena distingue entre un «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31 3) a) y «toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» en virtud del artículo 31 3) b). Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a invocarla. En la causa *Controversia territorial (Jama-hiriya Árabe Libia/el Chad)*, la Corte Internacional de Justicia empleó la expresión «actitudes ulteriores» para calificar a lo que posteriormente denominó «acuerdos ulteriores», y «actitudes» unilaterales ulteriores¹³⁵. En la causa *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia)*, 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 ulterior¹³⁶. 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 virtud del artículo 31 3) a) y b)¹³⁷.

8) El Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sin embargo, abordó de manera más explícita esa distinción en el asunto *C.C.F.T. c. los Estados Unidos*¹³⁸. En este caso, los Estados Unidos adujeron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada una de las tres partes en el TLCAN podían constituir, consideradas en conjunto, un acuerdo ulterior¹³⁹. En una primera etapa, el Panel consideró que no había pruebas suficientes para determinar la existencia de tal acuerdo

¹³⁵ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (véase la nota 26 *supra*), en especial págs. 34 y ss., párrs. 66 y ss.

¹³⁶ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 26 *supra*), en especial 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*, pág. 7, 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*, pág. 6, en especial pág. 16, párr. 28 («comportamiento ulterior»).

¹³⁷ 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, aprobado el 1 de junio de 2004, e informe del Grupo 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, aprobado el 20 de abril de 2005; para poder acogerse a un «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, aprobado 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, aprobado el 20 de marzo de 1997; y una «exención» en informe 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 73 *supra*).

¹³⁸ *C.C.F.T. v. United States*, arbitraje de la CNUDMI en el marco del TLCAN, cap. XI, laudo sobre competencia, 28 de enero de 2008; véase también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, caso CIADI n.º ARB/97/3, *ICSID Reports 2004*, vol. 6 (2004), pág. 327, en particular pág. 334, o bien *ICSID Review*, vol. 17, n.º 1 (2002), pág. 168, en especial pág. 174, párr. 12; P. Merkouris y M. Fitzmaurice, «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.) (nota 69 *supra*), págs. 153 y ss., en especial págs. 217 a 233.

¹³⁹ *C.C.F.T. v. United States* (véase la nota *supra*), párrs. 174 a 177.

ulterior en virtud del artículo 31 3) a)¹⁴⁰. Sin embargo, en una segunda etapa, el Tribunal concluyó que esos mismos elementos de prueba constituían una práctica ulterior pertinente por la cual 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 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, sin embargo, 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...»¹⁴¹.

9) Este razonamiento da a entender que la distinción entre un «acuerdo ulterior» y una «práctica ulterior» en virtud del artículo 31 3) radica en las diferentes formas que incorporan la manifestación «auténtica» de la voluntad de las partes. En realidad, al distinguir entre «todo acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31 3) a) y «toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes» en virtud del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, la Comisión no se propuso señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos¹⁴². La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que todo «acuerdo ulterior entre las partes» produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que «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»¹⁴³.

10) Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) se diferencian en función de que pueda determinarse un acuerdo de las partes *como tal*, en un acto común, o de que sea necesario determinar la existencia de un acuerdo por medio de actos individuales que en conjunto demuestran una posición común. Por consiguiente, hay que «llegar» a un «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31 3) a), que 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 virtud del artículo 31 3) b) abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la determinación de un acuerdo, o *understanding*¹⁴⁴, de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible, sin embargo, que «práctica» y «acuerdo» coincidan en determinados casos y no puedan

¹⁴⁰ *Ibíd.*, párrs. 184 a 187.

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 188; véase también el párrafo 189; en un sentido similar: *Aguas del Tunari S.A. c. la República de Bolivia* (TBI Países Bajos-Bolivia), decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, caso CIADI n.º ARB/02/3, 21 de octubre de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n.º 2 (2005), pág. 450, en especial págs. 528 y ss., párrs. 251 y ss.

¹⁴² *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1 (Parte II), pág. 243, párr. 15.

¹⁴³ *Ibíd.*; Karl (nota 79 *supra*), en especial pág. 294.

¹⁴⁴ El término *understanding* fue utilizado por la Comisión en la versión inglesa del correspondiente proyecto de artículo 27, párrafo 3) b), sobre el derecho de los tratados (véase la nota 134 *supra*).

distinguirse. Esto explica por qué la expresión «práctica ulterior» se utiliza a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31 3) a) y b)¹⁴⁵.

12) Un grupo de acuerdos ulteriores separados, 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 del tratado, no es normalmente «un» acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a). Para una mayor claridad, la expresión «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31 3) a) debería circunscribirse a un solo acuerdo entre todas las partes. Los diferentes acuerdos posteriores entre un número reducido 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 virtud del artículo 31 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 virtud del artículo 32 (véase *infra*, en los párrafos 22) y 23)). 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 la forma en que este refleje el acuerdo entre todas las partes¹⁴⁶.

13) Un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) debe ser un acuerdo «acerca de» la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. Por consiguiente, las partes deben proponerse, posiblemente entre otros objetivos, aclarar el sentido de un tratado o indicar cómo ha de aplicarse el tratado¹⁴⁷.

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 *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» podía utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior. En esa causa, sin embargo, la Corte rechazó recurrir al tratado ulterior con ese fin porque no se «refería» en modo alguno al tratado anterior¹⁴⁸. En la causa *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos* entre Costa Rica y Nicaragua, el Magistrado Guillaume

se refirió a la práctica real del turismo en el Río San Juan de conformidad con un Memorando de Entendimiento entre los dos Estados¹⁴⁹. Sin embargo, no estaba claro si las partes quisieron que ese Memorando de Entendimiento en particular sirviera de interpretación del tratado de fronteras examinado.

15) *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 las partes acerca de la interpretación del tratado, como se enuncia en el artículo 31 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 en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena¹⁵⁰.

16) La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) puede consistir en cualquier «comportamiento». El término «comportamiento» se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos aprobados por la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁵¹. Puede comprender así, no solo los actos, sino también las omisiones, incluido el silencio pertinente, que contribuyen a establecer el acuerdo¹⁵². 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 abordará en una fase posterior de los trabajos.

17) La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) debe ser un comportamiento observado «en la aplicación del tratado». Esto comprende, no solo los actos oficiales en el ámbito internacional o el ámbito interno que sirven para aplicar el tratado, incluido respetar o velar por el 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 jurídica o las sentencias de los tribunales internos; las comunicaciones oficiales que suscite el tratado; o la promulgación de disposiciones

¹⁴⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 26 *supra*), declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, pág. 290, en especial págs. 298 y 299, párr. 16.

¹⁵⁰ En cuanto a la distinción entre ambas formas de práctica ulterior, véase *infra*, comentario, párrs. 22 y 23.

¹⁵¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 35 y 36, párrafos 2 a 4 del comentario. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

¹⁵² Tercer informe sobre el derecho de los tratados de Waldock, *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 60, párrs. 32 y 33; *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 92 *supra*), en especial pág. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo (competencia y admisibilidad), *I.C.J. Reports 1984*, pág. 392, en especial pág. 410, párr. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), pág. 53, en especial págs. 185 a 187, párrs. 168 y 169.

¹⁴⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, providencia (medidas provisionales) de 13 de julio de 2006, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 113, 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».

¹⁴⁶ 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, aprobado el 13 de junio de 2012, párr. 371. Este aspecto se tratará más detenidamente en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 366 a 378, en especial párr. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 74 *supra*), en especial págs. 164 y ss.

¹⁴⁸ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38, en especial pág. 51, párr. 28.

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 en los ámbitos interno o internacional.

18) Como se recordará, en un caso, un Panel del TLCAN 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». Esa 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 inadecuado¹⁵³.

Aunque el artículo 27 de la Convención de Viena 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 en la aplicación del tratado. Invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado es algo muy distinto de remitirse al derecho interno a los efectos de la interpretación de una disposición de derecho convencional. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales internacionales, en particular el Órgano de Apelación de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo han reconocido y distinguen frecuentemente entre las disposiciones legislativas nacionales (y otras medidas de aplicación adoptadas en el ámbito interno) que violan las obligaciones dimanantes de un tratado y las disposiciones legislativas y otras medidas adoptadas en el ámbito nacional que pueden servir para interpretar el tratado¹⁵⁴. Conviene señalar, sin embargo, que un elemento de buena fe está 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 lo tanto, una «aplicación del tratado» en el sentido de los artículos 31 y 32.

19) El requisito de que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado en virtud del artículo 31 3) b)

¹⁵³ Informe final del Panel Arbitral establecido a tenor del TLCAN, n.º EUA-MEX-98-2008-01, *Servicios de transporte transfronterizo (México c. los Estados Unidos de América)*, aprobado el 5 de febrero de 2001, párr. 224.

¹⁵⁴ 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, aprobado 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*, WT/DS350/R, aprobado el 19 de febrero de 2009, 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, aprobado el 25 de marzo de 2011, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina), decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso CIADI n.º ARB/01/8, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), pág. 492, párr. 47; *V. v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 16 de diciembre de 1999, demanda n.º 24888/94, ECHR 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 3 de diciembre de 2009, demanda n.º 8917/05, ECHR 2009-VI, párr. 54; *Sigurdur A Sigurjónsson v. Iceland*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 30 de junio de 1993, demanda n.º 16130/90, Serie A n.º 264, párr. 35.

deba ser «acerca de la interpretación del tratado» tiene el mismo sentido que el requisito análogo en virtud del artículo 31 3) a) (véase *supra*, párrs. 13) y 14)). A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que específica y resueltamente se refiere a un tratado, es decir, 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.

20) La cuestión de las circunstancias en que «consta» realmente un «acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el tema.

21) El artículo 31 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 órganos¹⁵⁵, o en virtud de un comportamiento que sea atribuible a ellos, quienes realizan 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 relación con el proyecto de conclusión 5¹⁵⁶.

22) *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 3) b). Este párrafo concierne 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 1. Esta forma de práctica ulterior, que no exige 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 3) de la Convención de Viena] 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 70¹⁵⁷.

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

¹⁵⁵ Karl (nota 79 *supra*), en especial págs. 115 y ss.

¹⁵⁶ Véase el proyecto de conclusión 5 2).

¹⁵⁷ *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.

24) Esta «otra» práctica ulterior, desde la adopción de la Convención de Viena, ha sido reconocida y aplicada por los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación (véase *infra*, párrs. 25) a 33)). Hay que señalar, sin embargo, que el Órgano de Apelación de la OMC, en *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*¹⁵⁸, ha formulado una definición de práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado que parece da 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 interpretación¹⁵⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, y en definitiva incluso la del propio Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (véase *infra*, párrs. 32) y 33)), demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena no es la única forma de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado.

25) 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»¹⁶⁰, aunque no representaba una práctica ulterior por la que constaba el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31 3) b), podía «no obstante respaldar las conclusiones» a que había llegado la Corte por otros medios de interpretación¹⁶¹.

26) Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en sentido amplio¹⁶². Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios podían adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y estaban legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el Tribunal que conocía del asunto *CMS Gas c. la 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,

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 29 *supra*), e informe del Grupo Especial de la OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996.

¹⁵⁹ *Ibid.* (informe del Órgano de Apelación de la OMC), secc. E, pág. 16.

¹⁶⁰ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), pág. 1078, párr. 55.

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 1096, párr. 80.

¹⁶² Véase O. K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis», *The European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 2 (2008), págs. 301 a 364, en especial pág. 345.

demuestra una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales¹⁶³.

27) 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»¹⁶⁴, 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»¹⁶⁵. 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 «en 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»¹⁶⁶ y que «las excepciones existentes pueden justificarse únicamente por circunstancias particulares»¹⁶⁷.

28) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, no 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 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»¹⁶⁸.

29) 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 Pacto¹⁶⁹. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párrafo 3, del Pacto (restricciones lícitas de la libertad de expresión), el Comité observó que

¹⁶³ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (véase la nota 154 *supra*), párr. 47.

¹⁶⁴ *Loizidou v. Turkey* (véase la nota 43 *supra*), párr. 79.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 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.

¹⁶⁶ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (véase la nota 30 *supra*), párr. 52.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 151; análogamente en *Jorgic v. Germany*, sentencia, 12 de julio de 2007, demanda n.º 74613/01, ECHR 2007-III, párr. 69.

¹⁶⁸ *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (véase la nota 31 *supra*), voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 12.

¹⁶⁹ *Jong-Cheol c. la República de Corea*, dictamen, 27 de julio de 2005, comunicación n.º 968/2001, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/60/40)*, pág. 63.

«se aplican restricciones análogas en muchos países»¹⁷⁰ y concluyó que el objetivo perseguido por la ley impugnada no excedía, como tal, de los objetivos legítimos del artículo 19, párrafo 3, del Pacto¹⁷¹.

30) 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 (N.º 2)*¹⁷², 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 Mar¹⁷³. 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 existía cierto estándar general¹⁷⁴.

31) En la sentencia dictada en el asunto *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 internacionales¹⁷⁵.

32) 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 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 Autor de los Estados Unidos*¹⁷⁶ (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 regalías¹⁷⁷. El Grupo Especial consideró que

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 8.3.

¹⁷¹ *Ibid.*; véase también *Yoon y Choi c. la República de Corea* (nota 123 *supra*), párr. 8.4.

¹⁷² *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, pág. 10, en especial párrs. 155 y 156.

¹⁷³ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 293.

¹⁷⁴ *M/V “SAIGA” (No. 2)* (véase la nota 172 *supra*), en especial párrs. 155 y 156; véase también *Tomimaru (Japan v. Russian Federation)*, sentencia (pronta liberación), *ITLOS Reports 2005-2007*, pág. 74, en particular párr. 72; *Southern Bluefin Tuna* (véase la nota 43 *supra*), en especial párrs. 45 y 50.

¹⁷⁵ *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10-T, párr. 61; análogamente *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 541.

¹⁷⁶ 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 154 *supra*).

¹⁷⁷ Véase el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), art. 9.1.

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 las doctrinas 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 excepciones¹⁷⁸.

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 Viena¹⁷⁹.

33) En el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, el Órgano de Apelación 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 LXXX¹⁸⁰.

Así, bien mirado, los órganos de solución de diferencias de la OMC reconocen también la distinción entre «práctica ulteriormente seguida» en el sentido del artículo 31 3) b) y un concepto más amplio de práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado¹⁸¹.

34) 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 virtud del artículo 32, hay que tener siempre presente el hecho de que «la opinión de un solo Estado no es fuente de derecho internacional»¹⁸². En cualquier caso, la distinción

¹⁷⁸ 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 154 *supra*), párr. 6.55.

¹⁷⁹ *Ibid.*, nota 68.

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Equipo informático* (véase la nota 43 *supra*), párr. 90; véase también I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, 2009, pág. 342.

¹⁸¹ Véanse también los informes del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – EPO* (nota 43 *supra*), párr. 452.

¹⁸² *Sempra Energy International y la República Argentina*, laudo, 28 de septiembre de 2007, caso CIADI n.º ARB/02/16, párr. 385; véase

entre la práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 31 3) b), como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en virtud del artículo 32, implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera.

35) La distinción entre la práctica ulterior a tenor del artículo 31 3) b) y la práctica ulterior en virtud del artículo 32 también contribuye a dar una respuesta a la cuestión de si la práctica ulterior exige una acción repetida con alguna frecuencia¹⁸³ o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez¹⁸⁴. 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 partes¹⁸⁵.

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 (en virtud del artículo 32)¹⁸⁶.

36) Así pues, la «práctica ulterior» en sentido amplio (en virtud del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes. Puede adoptar diversas formas¹⁸⁷. Ese «comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado», en particular, puede consistir 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 las declaraciones o actos de otras partes¹⁸⁸.

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 con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

asimismo *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. la República Argentina*, laudo, 22 de mayo de 2007, caso CIADI n.º ARB/01/3, párr. 337; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2.ª reclamación)* (nota 64 *supra*), nota 2420 en párr. 7.953.

¹⁸³ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 44 *supra*), en especial pág. 431, párr. 22.

¹⁸⁴ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (nota 74 *supra*), en especial pág. 166.

¹⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II* (véase la nota 29 *supra*), secc. E, pág. 16.

¹⁸⁶ Kolb (nota 108 *supra*), págs. 506 y 507.

¹⁸⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 88 *supra*), en especial pág. 239.

¹⁸⁸ Karl (nota 79 *supra*), en especial págs. 114 y ss.

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. La expresión «con arreglo a 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 virtud del artículo 31 3) b) sino también como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena. 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.

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 ilícitos¹⁸⁹. En consecuencia, 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 a una parte en un tratado en virtud del derecho internacional. Sin embargo, 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 *infra* el párrafo 8)).

3) Un ejemplo de comportamiento pertinente que no se derive directamente del comportamiento de las partes, pero constituye no obstante un ejemplo de práctica estatal, es el señalado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *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 3) b) de la Convención de Viena, si:

estuviese 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, que las autoridades de Bechuanalandia fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación del límite fronterizo establecido en el Tratado¹⁹⁰.

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

¹⁸⁹ *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 abordará en una fase posterior de los trabajos sobre este tema.

¹⁹⁰ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 26 *supra*), en especial 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.

por objeto reflejar ese punto. Esta aclaración reviste especial importancia en relación con el comportamiento de los órganos estatales que pueden contradecir la posición expresada oficialmente por el Estado con respecto a un asunto en particular y contribuir así a hacer equívoco el comportamiento del Estado.

5) La Comisión debatió sobre si el proyecto de conclusión 5 debería abordar específicamente la cuestión de las condiciones en que el comportamiento de los órganos estatales inferiores se consideraría 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 inferiores y superiores, en especial teniendo en cuenta las notables diferencias en la organización interna de la gobernanza 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 la diversidad de los supuestos posibles, la Comisión llegó a la conclusión de que esta cuestión no debería abordarse en el texto mismo del proyecto de conclusión 5, sino en el comentario.

6) En efecto, 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. Sin embargo, como la mayoría de los tratados generalmente no son aplicados por esos altos representantes, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han reconocido que el comportamiento de los funcionarios del Estado de menor rango también puede, en determinadas circunstancias, constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. Por consiguiente, 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 de Algeciras tenía que interpretarse de manera flexible, habida cuenta de que la práctica de las autoridades aduaneras locales no era siempre coherente¹⁹¹. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales confirma que la práctica ulterior pertinente puede emanar de los funcionarios de rango inferior. En el laudo arbitral dictado en el asunto de la *Deuda externa alemana*, el Tribunal Arbitral consideró una carta del Banco de Inglaterra dirigida a la Administración de la Deuda Federal Alemana como una práctica ulterior pertinente¹⁹². Además, en el asunto *Régimen fiscal de las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO que residen en Francia*, el Tribunal Arbitral aceptó, en principio, la práctica de la administración tributaria francesa de no gravar las pensiones de los trabajadores jubilados de la UNESCO como práctica ulterior pertinente. Sin embargo,

¹⁹¹ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 176, en especial pág. 211.

¹⁹² *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 IA 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*, laudo arbitral de 16 de mayo de 1980 (véase la nota 37 *supra*), en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

el Tribunal Arbitral consideró decisiva finalmente como la posición oficial contraria expresada por autoridades superiores, es decir, el Gobierno francés¹⁹³.

7) Por tanto, parece que la práctica de los funcionarios de rango inferior o locales puede constituir una práctica ulterior «en la aplicación de un tratado» si esa práctica es suficientemente inequívoca y si cabe estimar que el Gobierno está al corriente de ella y si no la ha contradicho en un plazo razonable¹⁹⁴.

8) La Comisión no consideró necesario limitar el alcance del comportamiento pertinente añadiendo las palabras «a los efectos de interpretación del tratado»¹⁹⁵. 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 tratado¹⁹⁶. Sin embargo, la Comisión consideró que el requisito de que cualquier comportamiento pertinente fuera «en la aplicación de un tratado» limitaba suficientemente el alcance del comportamiento que pudiera ser pertinente. Como el concepto de «aplicación del tratado» supone un comportamiento de buena fe, una mala aplicación manifiesta de un tratado queda fuera de ese ámbito¹⁹⁷.

9) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 consta de dos frases. 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 con arreglo a 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» estará originada por 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

¹⁹³ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, laudo arbitral de 14 de enero de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), pág. 231, en especial pág. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

¹⁹⁴ Véase Chanaki (nota 69 *supra*), en especial págs. 323 a 328; Gardiner (nota 23 *supra*), en especial pág. 239; 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 (nota 68 *supra*), en especial págs. 555 y 556, párr. 78.

¹⁹⁵ Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), párr. 144 (proyecto de conclusión 4, párr. 1).

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 120.

¹⁹⁷ Véase *supra* el párrafo 18 del comentario del proyecto de conclusión 4.

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 Argel¹⁹⁸.

11) La primera frase 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 partes en un tratado, que son los dueños del tratado y, en definitiva, 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 parte¹⁹⁹.

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», en declaraciones de un Estado que no sea parte en el tratado acerca de la interpretación de este último²⁰⁰, en el pronunciamiento de un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado o un órgano de solución de diferencias en relación con la interpretación del tratado en cuestión²⁰¹, en actos de los órganos técnicos encargados por una conferencia de los 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.

¹⁹⁸ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo n.º 108-A-16/582/591 FT, *The United States of America, and others v. The Islamic Republic of Iran, and others, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), pág. 57, en especial pág. 71; análogamente, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo cautelar n.º ITL 83-B1-FT (reconvencción), ibíd., vol. 38 (2004-2009), pág. 77, en especial págs. 124 y 125, párrs. 127 y 128; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, laudo cautelar n.º ITL 37-111-FT, ibíd., vol. 5 (1984), pág. 338, voto particular disconforme del Presidente Lagergren, pág. 348, 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». Respecto a las Declaraciones de Argel, de 19 de enero de 1981, véase ILM, vol. 20, n.º 1 (1981), pág. 223.

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo n.º 108-A-16/582/591-FT, *The United States of America, and others v. The Islamic Republic of Iran and others*, ibíd., vol. 5 (1984), pág. 57, voto particular disconforme de Parviz Ansari, ibíd., vol. 9 (1985), pág. 97, en especial pág. 99.

²⁰⁰ 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 www.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 es parte ni Estado contratante, esa declaración es un ejemplo de «otro comportamiento», en virtud de la conclusión 5 2).

²⁰¹ Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, «Final Report on the Impact of Findings of United Nations Human Rights Treaty Bodies», *International Law Association Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, pág. 621, párrs. 21 y ss.

13) La expresión «al evaluar la práctica ulterior» que figura en la segunda frase 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 importancia 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 tratado²⁰². Sin embargo, ese reflejo o inicio de una práctica ulterior de las partes por el comportamiento de otros actores no debería 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 parte, de por sí, solo pueden contribuir a evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

14) Las decisiones, resoluciones y otras manifestaciones de la práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes por naturaleza para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 1) j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986), que menciona la «práctica establecida» de la organización como una de las formas de las «reglas de la organización»²⁰³. 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 vocación universal, que se preparan con arreglo a un mandato conferido a esas organizaciones de informar acerca de la práctica de los Estados en una determinada esfera, pueden gozar de una autoridad notable 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*, elaborado por 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 lo tanto, proporciona orientaciones al respecto²⁰⁴. Lo mismo se aplica a la denominada matriz 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

²⁰² Véase Gardiner (nota 23 *supra*), en especial, pág. 239.

²⁰³ Ese aspecto de la práctica ulterior en relación con un tratado se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

²⁰⁴ 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* (reeditado en diciembre de 2011), HCR/IP/4/Spa/Rev.3, 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. The Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), sentencia de 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 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».

Estados Miembros²⁰⁵. En la medida en que la matriz versa sobre la aplicación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas 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 equivale a una evaluación de esa práctica²⁰⁶.

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)²⁰⁷. Además de cumplir el mandato general de carácter que le ha sido conferido por los Convenios de Ginebra y los Estatutos del Movimiento²⁰⁸, el CICR proporciona ocasionalmente orientaciones interpretativas sobre los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales sobre la base del mandato dimanante de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja²⁰⁹. El artículo 5 2) g) de los Estatutos dispone:

2. 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»²¹⁰. 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 DIH [derecho internacional humanitario] vigente»²¹¹. Sin embargo, en este contexto es importante señalar que los Estados han reafirmado su cometido principal 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, de 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»²¹².

²⁰⁵ Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, de 28 de abril de 2004, párr. 8 c) de la parte dispositiva; según la página web del Comité 1540, «la matriz 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).

²⁰⁶ Véase, en términos generales, Gardiner (nota 23 *supra*), en especial pág. 239.

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ *Ibid.*, párr. 25.

²⁰⁹ Aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en el mes de octubre de 1986 y modificados en 1995 y 2006.

²¹⁰ CICR, *Participación directa en las hostilidades* (versión española publicada en 2010), pág. 10.

²¹¹ *Ibid.*, pág. 9.

²¹² CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja: resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados, 1 de diciembre de 2011.

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 y Terrestres», la «Coalición contra las municiones en racimo». *The Monitor* actúa como un «mecanismo de vigilancia *de facto*»²¹³ de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, de 1997 (la Convención de Ottawa), y la Convención sobre Municiones en Racimo, de 2008 (Convención de Dublín). El *Cluster Munition 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 Dublín²¹⁴.

18) Los ejemplos del CICR y de *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. Sin embargo, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los objetivos de los que persiguen los Estados partes. Por lo tanto, sus evaluaciones deben ser examinadas críticamente.

19) La Comisión también examinó 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»²¹⁵. 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»²¹⁶ y «los cambios sociales importantes»²¹⁷ son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. Sin embargo, la invocación de los «cambios sociales» o la «aceptación social» por el Tribunal sigue estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados²¹⁸. En particular, ello se aplica a asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido*²¹⁹ y *Christine Goodwin c. el*

²¹³ Véase www.the-monitor.org.

²¹⁴ Véase, por ejemplo, *Cluster Munition Monitor* (2011), págs. 24 a 31.

²¹⁵ Véase el primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/660), párrs. 129 y ss.

²¹⁶ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda n.º 28957/95, ECHR 2002-VI, párr. 85.

²¹⁷ *Ibid.*, párr. 100.

²¹⁸ Véase también *I. v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda n.º 25680/94, párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, sentencia, 12 de diciembre de 2006, demanda n.º 13378/05, párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom*, decisión sobre la admisibilidad, 27 de abril de 2000, demanda n.º 45851/99, párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 24 de junio de 2010, demanda n.º 30141/04, ECHR 2010, párr. 58.

²¹⁹ *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia (fondo), 22 de octubre de 1981, demanda n.º 7525/76, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A n.º 45, en particular párr. 60.

Reino Unido²²⁰. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal consideró que había «una mayor tolerancia de la conducta homosexual» y señaló 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 lo tanto, no podía «pasar por alto los cambios notables que se han producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros»²²¹. Además, el Tribunal señaló que «en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años las autoridades se han abstenido de ejercitar la acción penal»²²². 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 continuada no solo a una mayor aceptación social de los transexuales sino también al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados»²²³.

21) Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comprueba si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados. Así sucedió,

²²⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 216 *supra*), en particular párr. 85.

²²¹ *Dudgeon v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), párr. 60.

²²² *Ibid.*

²²³ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC] (véase la nota 216 *supra*), párr. 85; véase también párr. 90.

por ejemplo, en los casos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio²²⁴ y en los casos relacionados con el supuesto derecho de ciertos romaníes (los «gitanos») a disponer de un lugar de residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante²²⁵.

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. La práctica social, sin embargo, ha sido considerada a veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un elemento que contribuye a la evaluación de la práctica de los Estados.

²²⁴ *Mazurek v. France*, sentencia, 1 de febrero de 2000, demanda n.º 34406/97, ECHR 2000-II, párr. 52; véase también *Marckx v. Belgium*, sentencia, 13 de junio de 1979, demanda n.º 6833/74, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A n.º 31, párr. 41; *Inze v. Austria*, sentencia, 28 de octubre de 1987, demanda n.º 8695/79, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A n.º 126, párr. 44; *Brauer v. Germany*, sentencia (fondo), 28 de mayo de 2009, demanda n.º 3545/04, párr. 40.

²²⁵ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda n.º 27238/95, ECHR 2001-I, párrs. 70 y 93; véase también *Lee v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda n.º 25289/94, párrs. 95 y 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda n.º 24882/94, párrs. 104 y 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda n.º 24876/94, párrs. 107 y 108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda n.º 25154/94, párrs. 100 y 101.