

Capítulo VII

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

A. Introducción

66. 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 sesiones⁵²¹. 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 identificación 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 tema⁵²².

67. Del 62.º período de sesiones al 64.º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaron, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial⁵²³, la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior⁵²⁴ y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales⁵²⁵.

68. En el 64.º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio⁵²⁶, 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»⁵²⁷.

69. En el 65.º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial⁵²⁸ y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión⁵²⁹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

70. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), que examinó en sus sesiones 3205.^a a 3209.^a, celebradas del 15 al 22 de mayo de 2014.

71. En su segundo informe, el Relator Especial examinó los siguientes aspectos del tema: la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (párrs. 3 a 19); los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados (párrs. 20 a 41); la forma y el valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3 b (párrs. 42 a 48); las condiciones para un «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31, párrafo 3 (párrs. 49 a 75); las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes (párrs. 76 a 111); y el posible alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (párrs. 112 a 166). El informe contenía también información sobre el futuro programa de trabajo (párr. 167). El Relator Especial propuso un proyecto de conclusión en relación con cada una de las cuestiones abordadas⁵³⁰.

⁵²¹ 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.

⁵²² Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

⁵²³ Véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 345 a 354, y *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 337.

⁵²⁴ Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 338 a 341, y *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 230 y 231.

⁵²⁵ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 232 a 234. 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 Estudio (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344). 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 Estudio (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 240). El Grupo de Estudio examinó también la estructura que debía adoptar la futura labor sobre el tema, así como el posible resultado de esa labor. El Presidente hizo una serie de sugerencias, que fueron acordadas por el Grupo de Estudio (*ibíd.*, párrs. 235 a 239).

⁵²⁶ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 226 a 239.

⁵²⁷ *Ibíd.*, párr. 227.

⁵²⁸ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660.

⁵²⁹ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 33 a 39. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados); 2 (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación); 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo); 4 (Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior); y 5 (Atribución de la práctica ulterior).

⁵³⁰ Los seis proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial decían lo siguiente:

Proyecto de conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

A fin de determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en los artículos 31 3) y 32 es preciso realizar un examen atento, en particular sobre si las partes, mediante un acuerdo o práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones.

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

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 3) y 32 pueden contribuir a aclarar el sentido de un

(Continuación en la página siguiente.)

72. En su 3209.^a sesión, el 22 de mayo de 2014, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 6 a 11, contenidos en el segundo informe del Relator Especial, al Comité de Redacción.

73. En su sesión 3215.^a, el 5 de junio de 2014, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión (véase la sección C.1 *infra*).

74. En su sesiones 3239.^a a 3240.^a, celebradas el 6 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

(Continuación de la nota 530.)

tratado, en particular reduciendo o ampliando la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a las partes.

2. El valor de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación puede depender, entre otros factores, de la especificidad de ese acuerdo o práctica.

Proyecto de conclusión 8. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b)

La práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b) puede adoptar diversas formas y debe reflejar el acuerdo común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Su valor como medio de interpretación dependerá de la medida en que dicha práctica sea concordante, común y coherente.

Proyecto de conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. No es preciso que un acuerdo mencionado en el artículo 31 3) a) y b) revista una forma en particular ni que sea vinculante en sí mismo.

2. Un acuerdo en virtud del artículo 31 3) b) requiere una coincidencia de pareceres conocida por las partes acerca de la interpretación del tratado. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que pueda considerarse que consta un acuerdo en virtud del artículo 31 3) b) puede variar. Cuando las circunstancias requieran algún tipo de reacción, el silencio de una o más partes puede equivaler a una aceptación de la práctica ulterior.

3. Un acuerdo o práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede reflejar un acuerdo para no aplicar temporalmente el tratado o para establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

Proyecto de conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de los Estados partes

1. Una conferencia de los Estados partes, con arreglo al presente proyecto de conclusiones, es una reunión de los Estados partes en un tratado cuya finalidad es examinarlo o aplicarlo, excepto si esos Estados partes actúan como miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión aprobada en el marco de una conferencia de los Estados partes depende en primer lugar del tratado y del reglamento aplicable. En función de las circunstancias, esa decisión puede constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a), o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31 3) b) o el artículo 32.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31 3) en la medida en que exprese un acuerdo sustancial entre las partes respecto de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma que revista y del procedimiento que se haya seguido para su adopción.

Proyecto de conclusión 11. Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. El alcance de la interpretación basada en los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31 3) puede ser amplio.

2. Se presume que mediante un acuerdo ulterior o una práctica ulterior, las partes en un tratado tienen la intención de interpretarlo y no de modificarlo. La posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior de las partes no ha obtenido un reconocimiento generalizado.

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 66.º período de sesiones

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN

75. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE CONCLUSIÓN Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 66.º PERÍODO DE SESIONES

76. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones.

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

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

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

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

Comentario

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

2) La primera oración del párrafo 1 recuerda que la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

a los efectos del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere una consideración particular de la cuestión de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si estuvieron motivadas por otras consideraciones.

3) Los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, deben ser «acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones», y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, debe ser «en la aplicación del tratado» y por la cual conste un acuerdo «acerca de la interpretación»⁵³¹. La relación entre los términos «interpretación» y «aplicación» en el artículo 31, párrafo 3, no es meridianamente clara. La «interpretación» es el proceso mediante el que se aclara el sentido de un tratado, incluidas una o más de sus disposiciones. La «aplicación» abarca un comportamiento mediante el que se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte. La «interpretación» se refiere a un proceso mental, mientras que la «aplicación» se centra en el comportamiento en sí (acciones y omisiones). A este respecto, los dos conceptos son distinguibles y pueden servir propósitos diferentes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 (véanse los párrafos 4 a 6 *infra*), pero también están estrechamente relacionados y se complementan entre sí.

4) Si bien puede haber aspectos de la «interpretación» que no estén relacionados con la «aplicación» de un tratado⁵³², la aplicación de un tratado conlleva, de manera casi inevitable, algún elemento de interpretación, aun en los casos en los que la norma en cuestión esté aparentemente clara⁵³³. Así pues, un acuerdo o un comportamiento «acerca de la interpretación» del tratado y un acuerdo o un comportamiento «en la aplicación» del tratado llevan

⁵³¹ Véase el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente, párrs. 16 a 19 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 33 y 34).

⁵³² Según Haraszti, la interpretación supone «la elucidación de un texto en cuanto a su sentido y su objetivo», mientras que la aplicación «supone la especificación de las consecuencias que conlleva para las partes contratantes» (G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, pág. 18); si bien reconoce que «una norma jurídica sea cual sea la forma en que se manifieste no puede aplicarse a menos que se haya elucidado su contenido» (*ibíd.*, pág. 15).

⁵³³ «Harvard Draft Convention on the Law of Treaties», *AJIL Supp.*, vol. 29 (1935), págs. 657 y ss., en especial págs. 938 y 939; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 372; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed. rev., Manchester University Press, 1984, pág. 116; Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), párr. 423; disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)); R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, págs. 27 a 29 y 213; 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, pág. 47; U. Lindertalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, n.º 1 (2007), págs. 141 a 144 y pág. 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), pág. 44; 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, pág. 111.

implícito, ambos, que las partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado⁵³⁴. Mientras que en el caso de un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (primera alternativa), la posición acerca de la interpretación de un tratado es asumida de manera específica e intencionada por las partes, esto puede ser menos claro de identificar en el caso de un «acuerdo ulterior [...] acerca [...] de la aplicación de sus disposiciones», en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (segunda alternativa)⁵³⁵. Asumir una posición respecto de la interpretación «en la aplicación» también está implícito en actos simples de aplicación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, es decir, en «toda medida adoptada sobre la base del tratado interpretado»⁵³⁶. La palabra «o» en el artículo 31, párrafo 3 *a*, no describe pues una relación mutuamente excluyente entre «interpretación» y «aplicación».

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

6) Debe señalarse que una «aplicación» de un tratado no necesariamente refleja la posición de un Estado parte de que dicha aplicación es la única legalmente posible con arreglo al tratado y a las circunstancias (véase el proyecto de conclusión 7, párr. 1, *infra*). Además, el concepto de «aplicación» no excluye ciertos comportamientos de actores no estatales que el tratado reconozca como formas de su aplicación atribuibles a las partes en él⁵³⁷, y por tanto puede constituir una práctica por la que conste el acuerdo de las partes. Por último, el significado legal de un comportamiento particular en la aplicación de un tratado no está necesariamente limitado a su posible contribución a la interpretación en el sentido del artículo 31,

sino que puede contribuir también a satisfacer la carga de la prueba⁵³⁸ o a cumplir las condiciones de otras normas⁵³⁹.

7) Un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es «en la aplicación del tratado» o «acerca de» su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En el caso *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados dudaron de si el hecho de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas siguieran pagando sus contribuciones significaba una aceptación de una práctica determinada de la Organización⁵⁴⁰. El Magistrado Fitzmaurice hizo una advertencia bien conocida en este contexto, según la cual «el argumento extraído de la práctica, si se lleva demasiado lejos, puede constituir el planteamiento de la cuestión»⁵⁴¹. Según el Magistrado Fitzmaurice, «difícilmente podría inferirse del mero hecho de que los Estados Miembros paguen que estos admitan necesariamente en todos los supuestos una obligación jurídica positiva de hacerlo»⁵⁴².

8) Del mismo modo, en la causa *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia entendió que un esfuerzo por las partes en el acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la competencia de la Corte) para celebrar un acuerdo especial adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes considerasen que la celebración de dicho acuerdo adicional fuera un requisito para determinar la competencia de la Corte⁵⁴³.

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

⁵³⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, pág. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1983, págs. 114 y 118; O. Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Berlín, Springer, 2012, págs. 556 y 557, párrs. 80 y 82.

⁵³⁵ Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero su alcance y propósito nunca se abordaron ni se aclararon (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarios 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), 31.ª sesión de la Comisión Plenaria, 19 de abril de 1968, pág. 185, párr. 53).

⁵³⁶ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (nota 534 *supra*), págs. 164 y 165, y 167; véanse también los proyectos de conclusión 1, párr. 4, y 4, párr. 3 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 20 y 31).

⁵³⁷ Véase L. Boisson de Chazourmes, «Subsequent practice, practices, and “family-resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu», en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, págs. 53 y ss., en especial págs. 54, 56, 59 y 60.

⁵³⁸ En la causa *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 117, párr. 105, la Corte Internacional de Justicia negó que ciertos comportamientos (declaraciones) satisficieran la carga de la prueba con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entre 1999 y julio de 2008, en particular porque el comportamiento no se consideró estar específicamente relacionado con la Convención. Según el Magistrado Simma, la carga de la prueba se había satisfecho hasta cierto punto (véase la opinión separada del Magistrado Simma, *ibíd.*, págs. 199 a 223, párrs. 23 a 57).

⁵³⁹ En la causa *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, la Corte Internacional de Justicia analizó la práctica ulterior no solo en el contexto de la interpretación del tratado sino también en el de la prescripción adquisitiva (véanse págs. 1092 y 1093, párr. 71, pág. 1096, párr. 79, y pág. 1105, párr. 97).

⁵⁴⁰ *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial págs. 201 y 202 (opinión separada del Magistrado Fitzmaurice) y págs. 189 a 195 (opinión separada del Magistrado Spender).

⁵⁴¹ *Ibíd.*, pág. 201.

⁵⁴² *Ibíd.*

⁵⁴³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28.

se prevé en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden protección complementaria no consideran que estén actuando «en la aplicación de» la Convención o «acerca de su interpretación»⁵⁴⁴.

10) A veces es difícil distinguir acuerdos ulteriores o una práctica ulterior pertinente acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de otros comportamientos o desarrollos en el contexto más amplio del tratado, incluidos «desarrollos contemporáneos» en el ámbito que es objeto del tratado. No obstante, esta distinción es importante ya que únicamente un comportamiento acerca de la interpretación de las partes da lugar a su autoridad específica en el proceso de interpretación. La regla general parecería ser que, cuanto más específicamente se relacione un acuerdo o una práctica con un tratado, mayor peso interpretativo puede adquirir en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*⁵⁴⁵.

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

12) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece una serie de ejemplos. Por una parte, la Corte no consideró que un comunicado ministerial conjunto de dos Estados formara parte de la base convencional del derecho de libre navegación ya que es probable que las modalidades de cooperación que en él se establecen sean revisadas a fin de satisfacer a las partes⁵⁴⁶. No obstante, la Corte también ha sostenido que la falta de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado o la ausencia de ciertas formas de su aplicación, constituían una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en varios tratados sobre armas venenosas⁵⁴⁷. En

cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede identificarse mediante un examen detenido de si dicha expresión es «acerca de la interpretación» del tratado y hasta qué punto lo es. Así pues, la Corte entendió, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que las resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Internacional sobre la Caza de las Ballenas] que habían sido aprobadas por consenso exigían que los Estados partes tuvieran en cuenta si los objetivos de la investigación podían lograrse de manera práctica y científica utilizando métodos de investigación no letales, pero no establecían el requisito de que se utilizasen métodos letales únicamente cuando no existieran otros métodos disponibles⁵⁴⁸.

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

66. [...] Aunque el párrafo 9 de la Declaración general no afirma de manera expresa obligación alguna de indemnizar al Irán en el supuesto de que no se devuelvan determinados artículos en razón de disposiciones de la legislación de los Estados Unidos aplicable con anterioridad al 14 de noviembre de 1979, el Tribunal entiende que dicha obligación está implícita en ese párrafo.

[...]

68. Además, el Tribunal observa que la interpretación recogida en el párrafo 66 *supra* es acorde con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. Dicha práctica, de conformidad con el artículo 31 3) *b* de la Convención de Viena, también debe tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981, en la que informan al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos manifestaron de manera expresa que «el Irán sería reembolsado por el coste del equipo en la medida de lo posible» [...] ⁵⁴⁹.

Esta posición fue criticada por el Juez Holtzmann en su voto particular:

El comportamiento ulterior de un Estado parte constituye una base adecuada para interpretar un tratado únicamente si resulta que el comportamiento estuvo motivado por el tratado. En el presente caso no hay evidencia, ni siquiera un argumento, de que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por los bienes fuera en respuesta a una obligación percibida que imponía el párrafo 9. Dicho comportamiento sería igualmente acorde con el reconocimiento de una obligación contractual de realizar el pago. En ausencia de cualquier indicio de que el comportamiento estuviere motivado por el tratado, es incorrecto utilizar ese comportamiento para interpretar el tratado⁵⁵⁰.

⁵⁴⁴ Véase A. Skordas «General provisions: article 5», en A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, pág. 682, párr. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, pág. 21.

⁵⁴⁵ Sobre el «peso» de un acuerdo o una práctica como medio de interpretación, véase el proyecto de conclusión 8; un ejemplo de la necesidad, aunque también de la dificultad ocasional de distinguir un comportamiento específico de las partes acerca de la interpretación de un tratado de un desarrollo más general puede verse en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en particular págs. 41 a 58, párrs. 103, 104 a 117 y 118 a 151; véase también la nota 533 *supra*.

⁵⁴⁶ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 234 y 235, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island* (nota 539 *supra*), en especial pág. 1091, párr. 68, en donde la Corte afirmó de manera implícita que una de las partes no consideraba que ciertas formas de cooperación práctica fueran legalmente pertinentes a los efectos de la cuestión de fronteras que se planteaba y, por tanto, no convenía con una posición contraria de la otra parte.

⁵⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párrs. 55 y 56; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 232 a 235.

⁵⁴⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en particular pág. 257, párr. 83.

⁵⁴⁹ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo parcial n.º 382-B1-FT (31 de agosto de 1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), págs. 273 y ss., en particular págs. 294 y 295. Respecto a los Acuerdos de Argel, y en particular a la Declaración sobre resolución de reclamaciones, de 19 de enero de 1981, véase ILM, vol. 20 (1981), págs. 230 y ss.

⁵⁵⁰ Voto particular del Juez Holtzmann, concurrente en parte, disidente en parte, en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo parcial n.º 382-B1-FT (véase la nota 549 *supra*), pág. 304.

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

14) El hecho de que los Estados partes asuman una posición acerca de la interpretación de un tratado puede también deducirse a veces del carácter del tratado o de una disposición específica⁵⁵¹. Mientras que la práctica ulterior en la aplicación de un tratado a menudo consiste en un comportamiento de diferentes órganos del Estado (ejecutivos, legislativos, judiciales o de otra índole) en la aplicación consciente de un tratado a diferentes niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no aborda en general de manera explícita la cuestión de si una práctica concreta se llevó a cabo «acerca de la interpretación» del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁵². Así pues, a la hora de describir la situación jurídica nacional en los Estados miembros, en raras ocasiones pregunta el Tribunal si una situación jurídica particular es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se debatieron los posibles requisitos del Convenio. Más bien, el Tribunal presume que los Estados miembros, a la hora de legislar o adoptar alguna otra disposición de manera particular, son conscientes de sus obligaciones con arreglo al Convenio, y que actúan de manera que refleja la forma en que entienden sus obligaciones⁵⁵³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado en ocasiones la práctica legislativa como medio de interpretación⁵⁵⁴. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la falta de posicionamiento alguno de las partes respecto a determinada interpretación del Convenio puede indicar que asumen una posición respecto a la interpretación del tratado⁵⁵⁵.

15) El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III), de 1949, estipula que «[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado

⁵⁵¹ Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 15.

⁵⁵² Véanse, por ejemplo, *Soering v. the United Kingdom*, sentencia, 7 de julio de 1989, demanda n.º 14038/88, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 161, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia (fondo), 22 de octubre de 1981, demanda n.º 7275/76, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 45, párr. 60; *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. 48; sin embargo, como contraposición, compárese con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], sentencia, 4 de febrero de 2005, demandas n.ºs 46827/99 y 46951/99, ECHR 2005-I, párr. 146; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda n.º 15576/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 201, párr. 100.

⁵⁵³ Véase la nota 552 *supra*; véanse 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; *Jorgic v. Germany*, sentencia, 12 de julio de 2007, demanda n.º 74613/01, ECHR 2007-III, párr. 69; *Mazurek v. France*, sentencia, 1 de febrero de 2007, demanda n.º 34406/97, ECHR 2000-II, párr. 52.

⁵⁵⁴ Véase, por ejemplo, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 94, párr. 12.

⁵⁵⁵ *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], demanda n.º 52207/99, ECHR 2001-XII, párr. 62.

las hostilidades activas». Los Estados partes no declararon de manera intencionada que fuera relevante la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado a fin de evitar que los Estados alegaran de manera abusiva la voluntad de los prisioneros de guerra con objeto de demorar la repatriación⁵⁵⁶. No obstante, el CICR ha insistido siempre, como condición para participar en un asunto, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado⁵⁵⁷. Este enfoque, en la medida en que ha sido reflejado en la práctica de los Estados partes, no significa necesariamente, no obstante, que el artículo 118 deba interpretarse como una exigencia de que la repatriación de un prisionero de guerra no debe hacerse contra su voluntad. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario señala de manera precisa en su comentario sobre la norma 128 A:

Según el IV Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país «donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas» [art. 45, párr. 4, del IV Convenio de Ginebra]. Aunque el III Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si la persona desea ser repatriada (o liberada)⁵⁵⁸.

16) Esta formulación sugiere que la práctica estatal de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que interviene el CICR y en los que la organización ha formulado dicha condición. Los Estados han extraído diferentes conclusiones de esta práctica⁵⁵⁹. En el Manual de derecho de los conflictos armados del Reino Unido de 2004 se dispone que:

Una cuestión más controvertida es si los prisioneros de guerra tienen que ser repatriados incluso contra su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deben serlo. La política del Reino Unido es que los prisioneros de guerra no deben ser repatriados contra su voluntad⁵⁶⁰.

17) Esta particular combinación de los verbos «tienen que» y «deben» indica que el Reino Unido, al igual que otros Estados, no considera que la práctica ulterior demuestra una interpretación del tratado según la cual la

⁵⁵⁶ Véase C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977, págs. 145 a 156 y págs. 171 a 175; sobre el deber de repatriar, véase en general S. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, págs. 409 y 410.

⁵⁵⁷ Así, con su participación, el CICR trata de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto de la voluntad de los prisioneros de guerra (véase Krähenmann (nota 556 *supra*), págs. 409 y 410).

⁵⁵⁸ J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja y Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pág. 514.

⁵⁵⁹ J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, y actualización en versión electrónica para Australia, España, Israel y los Países Bajos, que puede consultarse en la dirección: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD.

⁵⁶⁰ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, pág. 205, párr. 8.170.

voluntad declarada del prisionero de guerra tiene que ser respetada siempre⁵⁶¹.

18) Los ejemplos anteriores extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados fundamentan la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular para plantear si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición respecto a la interpretación del tratado, o si están motivados por otras consideraciones⁵⁶².

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

20) Una práctica ulterior común no indica necesariamente un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede significar, en lugar de ello, el acuerdo temporal de estas de no aplicar el tratado⁵⁶³, o un acuerdo sobre un arreglo práctico (*modus vivendi*)⁵⁶⁴. A continuación figuran algunos ejemplos ilustrativos.

21) El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 dispone que «Se adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones [...]. La bandera [...] llevar[á] cruz roja en fondo blanco»⁵⁶⁵. Durante la guerra ruso-turca de 1877 y 1878, el Imperio otomano declaró que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para marcar sus propias ambulancias, si bien respetando el signo de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas y manifestó que el signo distintivo del Convenio había impedido hasta la fecha que Turquía ejerciera los derechos que la asistían en virtud del Convenio porque constituía una ofensa para los soldados musulmanes⁵⁶⁶. Esta declaración dio lugar a

una correspondencia entre el Imperio otomano, Suiza (en calidad de depositaria) y las demás partes que resultó en la aceptación de la media luna roja únicamente durante el tiempo que se prolongara el conflicto⁵⁶⁷. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y durante la Conferencia de Examen de Ginebra de 1906, el Imperio otomano, Persia y Siam pidieron, sin lograrlo, que se incluyeran la media luna roja, el león y el sol rojos, y la llama roja en el Convenio⁵⁶⁸. No obstante, el Imperio otomano y Persia al menos lograron que se aceptaran las «reservas» que formularon a dicho efecto en 1906⁵⁶⁹. Esta aceptación de las reservas del Imperio otomano y de Persia en 1906 no significó, no obstante, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido interpretado de un modo particular antes de 1906 por una práctica ulterior no objetada. La práctica del Imperio otomano y de Persia sirvió más bien, al menos hasta 1906, como una práctica no recogida por el Convenio de Ginebra de 1864, si bien fue aceptada como medida temporal y excepcional que dejaba inalterada la obligación convencional general.

22) El propósito del párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 es reconocer la variedad de formas que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden adoptar con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, consiste en cualquier «comportamiento» en la aplicación de un tratado, incluida, en ciertas circunstancias la inacción, que pueda contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado⁵⁷⁰. Dependiendo del tratado de que se trate, esto no incluye únicamente comportamientos orientados al exterior, como actos oficiales, declaraciones y votaciones de ámbito internacional, sino también actos legislativos, ejecutivos y judiciales de ámbito nacional, y puede abarcar incluso comportamientos de actores no estatales que sean atribuibles a uno o a más Estados partes y entren dentro del ámbito de aplicación de lo que el tratado conciba como formas de su aplicación⁵⁷¹. Así pues, el comportamiento individual que puede contribuir a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, no tiene que cumplir ningún criterio formal específico⁵⁷².

⁵⁶¹ El Manual de los Estados Unidos de América menciona únicamente la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos, véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (nota 559 *supra*), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855; no obstante, la práctica de los Estados Unidos de América después de la segunda guerra del Golfo fue que el CICR estableciera la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (Estados Unidos de América, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, págs. 707 y 708).

⁵⁶² Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 11 a 18. Véase también L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 25 y 26.

⁵⁶³ Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 71.

⁵⁶⁴ Véase *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 546 *supra*), en especial págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 32; para otro ejemplo, véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 72; y J. R. Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States relating to international law», *AJIL*, vol. 105, n.º 4 (2011), págs. 809 a 812.

⁵⁶⁵ Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (aprobado el 22 de agosto de 1864; entrada en vigor el 22 de junio de 1865).

⁵⁶⁶ *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, n.º 29, enero de 1877, págs. 35 a 37, citado en F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History*, Ginebra, CICR, 1977, págs. 15 y 16.

⁵⁶⁷ *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, n.º 31, julio de 1877, pág. 89, citado en Bugnion (nota 566 *supra*), pág. 18.

⁵⁶⁸ Bugnion, *ibid.*, págs. 19 a 31.

⁵⁶⁹ A las que se unió Egipto tras su adhesión en 1923, véase Bugnion, *ibid.*, págs. 23 a 26; no fue hasta que se revisaron los Convenios de Ginebra en 1929 momento en que Turquía, Persia y Egipto afirmaron que el uso de otros emblemas se había convertido en un hecho consumado y que esos emblemas habían sido utilizados en la práctica sin que se planteara objeción alguna, cuando la media luna roja y el león y el sol rojos fueron reconocidos finalmente como signos distintivos en el artículo 19 del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1929.

⁵⁷⁰ Comentario al proyecto de conclusión 4, párrs. 16 a 19 (*Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 33 y 34).

⁵⁷¹ Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de conclusión 5, *ibid.*, págs. 37 a 41; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (nota 537 *supra*), págs. 54, 56, 59 y 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 228 a 230; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 545 *supra*), págs. 41 a 45, párrs. 103 a 111, págs. 48 y 49, párrs. 119 a 122, y pág. 50, párr. 126; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

⁵⁷² Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 226 y 227.

23) La práctica ulterior en el ámbito internacional no tiene que ser necesariamente un comportamiento conjunto⁵⁷³. Puede bastar un comportamiento meramente paralelo. Una cuestión aparte es si la actividad paralela desarrolla realmente un entendimiento común suficiente (acuerdo) acerca de la interpretación de un tratado en un caso particular (véase el proyecto de conclusión 9, párr. 1, *infra*)⁵⁷⁴. Pueden encontrarse acuerdos subsiguientes en tratados jurídicamente vinculantes y en instrumentos no vinculantes como memorandos de entendimiento⁵⁷⁵. También pueden encontrarse acuerdos subsiguientes en algunas decisiones de una conferencia de Estados partes (véase el proyecto de conclusión 10, párrs. 1, 2 y 3, *infra*).

24) El párrafo 3 de este proyecto de conclusión establece que al identificar la práctica ulterior prevista en el artículo 32, el intérprete tiene que determinar si el comportamiento seguido por una o más partes es en la aplicación del tratado⁵⁷⁶. La Comisión decidió tratar «otra práctica ulterior» (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)⁵⁷⁷ en el sentido del artículo 32 en un párrafo aparte en aras de la claridad analítica (véanse el proyecto de conclusión 7, párr. 2, y el proyecto de conclusión 8, párr. 3, *infra*), pero no quiere con ello cuestionar la unidad del proceso de interpretación. Las consideraciones que son pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la identificación de «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32. Así pues, los acuerdos en que no estén todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación son una forma de práctica ulterior en el sentido del artículo 32.

25) Ejemplo de un arreglo práctico es el memorando de entendimiento entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos sobre los servicios de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011⁵⁷⁸. El memo-

rando de entendimiento no se refiere al Canadá, la tercera parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y en él se especifica que el memorando es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos y México con arreglo al TLCAN. Estas circunstancias sugieren que el memorando de entendimiento no pretende constituir un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en el sentido del artículo 31, párrafo *a* o *b*, sino que más bien se limita a ser un arreglo práctico entre un número reducido de partes que está sujeto a ser impugnado por otras partes o por una institución judicial o cuasijudicial.

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 versa sobre los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de un tratado. Su objeto es indicar cómo los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a la aclaración del sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior deben considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 1, párr. 5)⁵⁷⁹. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en «una sola operación combinada»⁵⁸⁰. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

⁵⁷³ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fondo, fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en especial pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren).

⁵⁷⁴ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 737, párr. 258; no obstante, véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 83 y 84, párr. 117, en donde la Corte reconoció las concesiones de las partes en la controversia como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 545 *supra*).

⁵⁷⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 244 y 250.

⁵⁷⁶ Véanse *supra* los párrafos 1 a 4 de este comentario; véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 3 a 5.

⁵⁷⁷ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.1, pág. 19.

⁵⁷⁸ Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States...» (nota 564 *supra*), párrs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América.

⁵⁷⁹ Comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, pág. 23).

⁵⁸⁰ *Ibid.*

con arreglo a los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a la aclaración del sentido de un tratado⁵⁸¹ al reducir (precisar) los distintos significados posibles de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse los párrafos 4, 6 a 7, 10 y 11, *infra*). Si no, dicha toma en consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a cobrar conciencia de la variedad de las posibles interpretaciones a que pueden acudir las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado conceda a estas (véanse los párrafos 12 a 15 *infra*).

3) Los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el «sentido corriente» de los términos del tratado⁵⁸². Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)⁵⁸³. Si las partes no desean reflejar el sentido corriente de un término, sino un sentido especial, conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden servir para dilucidar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación⁵⁸⁴ ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el «sentido corriente» de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo⁵⁸⁵, en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de*

armas nucleares, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos «veneno o armas envenenadas»:

[...] se han interpretado [...] en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se referían a armas nucleares⁵⁸⁶.

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede impedir que se precise el sentido de un término general en solo uno de sus distintos significados posibles⁵⁸⁷. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas [...] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente. En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 [del Acta General de Algeciras] no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión controvertida. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa⁵⁸⁸.

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado⁵⁸⁹.

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos «en el contexto de estos» (art. 31, párr. 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado⁵⁹⁰. En la opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental* [posteriormente Organización Marítima Internacional (OMI)], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión «ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes» del artículo 28, apartado *a*, de la Convención constitutiva de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental. Dado que este concepto de «países que posean las flotas mercantes más importantes» permitía distintas interpretaciones (según el «tonelaje registrado» o según la «titularidad de nacionales») y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28, apartado *a*, la Corte se basó en la práctica seguida en virtud de otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

⁵⁸⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 547 *supra*), pág. 248, párr. 55.

⁵⁸⁷ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 25.

⁵⁸⁸ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 211.

⁵⁸⁹ Véase, *mutatis mutandis*, *Certain expenses of the United Nations* (nota 540 *supra*), en la que la Corte Internacional de Justicia interpretó el término «gastos» en sentido amplio y el término «acción» en sentido restringido a la luz de la respectiva práctica ulterior de las Naciones Unidas, en especial págs. 158 a 161 («gastos») y págs. 164 y 165 («acción»).

⁵⁹⁰ Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 87, párr. 40.

⁵⁸¹ La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones: «Se entiende por “declaración interpretativa” una declaración unilateral [...] hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones» (*Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 55); véase también *ibíd.*, comentario de la directriz 1.2, pág. 58, párr. 18.

⁵⁸² Comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 14 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, pág. 23); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

⁵⁸³ Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 546 *supra*), pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

⁵⁸⁴ Para más ejemplos, véase G. Nolte, «Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 210 a 306.

⁵⁸⁵ Véase también *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo de 11 de junio de 1998, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations* (nota 582 *supra*), pág. 9.

Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] lleva a la Corte a considerar improbable que, cuando se redactó e incluyó en la Convención este último artículo [artículo 28, apartado a], se contemplase la posibilidad de emplear un criterio distinto del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes⁵⁹¹.

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al «objeto y fin» de un tratado para su interpretación⁵⁹². Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado⁵⁹³, o conciliar la invocación del «objeto y fin» de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación Marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*⁵⁹⁴ y las *Plataformas petrolíferas*⁵⁹⁵, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, su objetivo no es solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no queda comprendida en el Capítulo VIII de la Carta [de las Naciones Unidas]⁵⁹⁶.

10) Los acuerdos o la práctica ulteriores no solo pueden contribuir a precisar el sentido de un término al restringir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado, sino que también pueden poner de manifiesto una más amplia variedad de interpretaciones aceptables o cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva de 8 de junio de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169; véase asimismo págs. 167 a 169; también: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Final Award, decision of 2 July 2003*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (n.º de venta: E.F.04.V.15), págs. 59 y ss., en especial pág. 99, párr. 141.

⁵⁹² Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 190 y 198.

⁵⁹³ *Ibid.*, págs. 191 a 194; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial págs. 31 y 32, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109; R. Higgins «Some observations on the inter-temporal rule in international law», en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pág. 180; Distefano (nota 533 *supra*), págs. 52 a 54; Crema (nota 562 *supra*), pág. 21.

⁵⁹⁴ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial págs. 50 y 51, párr. 27.

⁵⁹⁵ *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), en especial págs. 813 a 815, párrs. 27 y 30.

⁵⁹⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo de 11 de junio de 1998 (véase la nota 585 *supra*), págs. 306 y 307, párr. 67.

⁵⁹⁷ Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos,

11) Por ejemplo, si bien según el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté *en ruta*, la práctica de larga data de los Estados consistente en exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere ese permiso⁵⁹⁸. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que dispone que los medios de transporte de la misión no podrán ser objeto de ningún registro, requisita, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra bienes diplomáticos suelen suscitar protestas de los Estados⁵⁹⁹, el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica⁶⁰⁰. Esa práctica sugiere que, si bien las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad ciudadana⁶⁰¹. De ese modo, el sentido de la expresión «medida de ejecución» y, por lo tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Otro posible ejemplo concierne al artículo 12 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), de 1977, que dispone:

véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 30 y 31 y pág. 111, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477: «Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado [...]. De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. En principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado [...]. En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido», págs. 515 a 517 (Lord Steyn).

⁵⁹⁸ S. D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3.ª ed., Cambridge University Press, 2013, pág. 215.

⁵⁹⁹ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2008, págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruselas, Bruylant, 1994, págs. 207 y 208, párr. 315.

⁶⁰⁰ Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf>); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook*, pág. 14 (www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); Reino Unido, véase la declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, véase M. Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», *AJIL*, vol. 88, n.º 2 (1994), págs. 312 y 313.

⁶⁰¹ Denza (nota 599, *supra*), pág. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, pág. 70.

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

Aunque el uso del futuro de mandato (*shall*) da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en todas las circunstancias, la práctica ulterior deja entrever que los Estados pueden disponer de cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación⁶⁰². Dado que en los últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el marco de la ISAF⁶⁰³.

13) Esta práctica de los Estados puede confirmar la interpretación del artículo 12 según la cual la obligación de utilizar el emblema protector⁶⁰⁴ en circunstancias excepcionales permite que las partes tengan un margen de discrecionalidad.

14) Una disposición de un tratado que reconozca a los Estados un derecho aparentemente incondicional puede suscitar la cuestión de si ese margen está limitado por el propósito de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados practican esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras violaciones graves del derecho del Estado receptor, o han causado considerable irritación política⁶⁰⁵.

⁶⁰² Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 1998, págs. 226 y 227, párrs. 4742 a 4744; H. Spieker, «Medical transportation», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012, págs. 54 y 55, párrs. 7 a 12 (edición online: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>). Véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: *sera arboré*.

⁶⁰³ Deutscher Bundestag (Parlamento Federal de Alemania), «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 de abril de 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, pág. 2.

⁶⁰⁴ Spieker (nota 602 *supra*), pág. 55, párr. 12.

⁶⁰⁵ Véase Denza (nota 599 *supra*), págs. 77 a 88, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véase también Salmon (nota 599 *supra*), pág. 484, párr. 630; y Richtsteig (nota 601 *supra*), pág. 30.

No obstante, los Estados también formulan esas declaraciones en otras circunstancias, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero⁶⁰⁶ o cometido repetidas infracciones de la ley⁶⁰⁷, o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas⁶⁰⁸. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o solo por motivos políticos. Los demás Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de una misión. Así pues, dicha práctica confirma que el artículo 9 prevé un derecho incondicional⁶⁰⁹.

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 concierne a los posibles efectos de «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)⁶¹⁰, que no refleje un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado. Esa práctica, como medio de interpretación complementario, puede confirmar la interpretación a que ha llegado el intérprete en la aplicación del artículo 31, o determinar el sentido cuando la interpretación con arreglo al artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. De ese modo, el artículo 32 establece una distinción entre el uso de los trabajos preparatorios o de «otra práctica ulterior» para confirmar el sentido a que se ha llegado en virtud del artículo 31 y su uso para «determinar» ese sentido. Por tanto, se puede haber recurrido a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 no solo para determinar el sentido del tratado en ciertas circunstancias, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31⁶¹¹.

⁶⁰⁶ Países Bajos, Departamento de Protocolo, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*; disponible en: www.government.nl/documents.

⁶⁰⁷ Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, *Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-of-foreign-affairs/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, *Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 de abril de 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, *Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London*, reproducida en G. Marston (ed.), «United Kingdom materials on international law 1985», *British Year Book of International Law* 1985, vol. 56, pág. 437.

⁶⁰⁸ Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, *Revised Impaired Driving Policy* (http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); Estados Unidos, Departamento de Estado, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 de septiembre de 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, págs. 8 y 9.

⁶⁰⁹ Véase G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

⁶¹⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

⁶¹¹ Organización Mundial del Comercio (OMC), informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, aprobado el 19 de enero de 2010, párr. 403: «Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la Convención

16) La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el «objeto y fin» del tratado parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas⁶¹². En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que las partes en el Tratado de 1890 «trataban al mismo tiempo de asegurarse la libre navegación por el río y delimitar lo más precisamente posible sus respectivas esferas de influencia»⁶¹³. Las partes resuelven de ese modo una posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes como medio de interpretación complementario (en virtud del artículo 32)⁶¹⁴.

17) Otro ejemplo de «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 concierne a la expresión «precauciones factibles» del artículo 57, párrafo 2 a) ii), del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo I), de 1977. Esa expresión ha sido utilizada de nuevo por el artículo 3, párrafo 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 10 de octubre de 1980, que dispone que «[s]e entiende por “precauciones viables” aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares». Este enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de «precauciones factibles» a los efectos del artículo 57, párrafo 2 a) ii), del Protocolo I de 1977⁶¹⁵.

(Continuación de la nota 611.)

de Viena a los “Servicios de distribución de grabaciones de sonidos” le hizo llegar a una “conclusión preliminar” sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para confirmar ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la *Convención de Viena* habría sido necesariamente distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de “Servicios de distribución de grabaciones de sonidos”, y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para determinar, y no para confirmar, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32»; véase también M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pág. 447, párr. 11.

⁶¹² OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, aprobado el 6 de noviembre de 1998, párr. 17 («[...] la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios»); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 195.

⁶¹³ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1074, párr. 45. 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.

⁶¹⁴ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1077 y 1078, párr. 55, y pág. 1096, párr. 80.

⁶¹⁵ Por lo que respecta a los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase en Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (nota 559 *supra*), págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164, y la información actualizada en línea para el manual militar de Australia (2006)

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

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

[...] el término «aplicación» que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena* atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que «aplicarse»; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar [...]»⁶¹⁶.

20) Los artículos 31, párrafo 3 a), y 39, si se leen conjuntamente, evidencian que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y enmendar o modificar el tratado⁶¹⁷. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda⁶¹⁸. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*:

(www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); véase también *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomo II, Santa Fe de Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 1998, pág. 953, párr. 2202.

⁶¹⁶ OMC, informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del [Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias] ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, aprobado el 11 de diciembre de 2008, y Corr.1/Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, aprobado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 391 a 393.

⁶¹⁷ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 88.

⁶¹⁸ Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones... (A/CONF.39/11)* (nota 535 *supra*), 37.ª sesión de la Comisión Plenaria, 24 de abril de 1968, párr. 15; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 611 *supra*), págs. 513 y 514, párrs. 7, 9 y 11; K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», en Dörr y Schmalenbach (eds.) (nota 534 *supra*), pág. 706, en especial párr. 16.

Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este «entendimiento» era vinculante para las partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado⁶¹⁹.

21) A menudo es difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3 a, que no son necesariamente vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41⁶²⁰. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados parecen indicar⁶²¹ que los acuerdos informales que pretenden dejar sin efecto obligaciones convencionales deben interpretarse estrictamente. Salvo los enunciados en el artículo 39, parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que puedan estipularse en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, sin embargo, que los Estados y los tribunales internacionales generalmente se inclinan a reconocer a los Estados partes mucha libertad en la interpretación de un tratado mediante un acuerdo ulterior. Ese margen de libertad permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento

⁶¹⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), pág. 62, párr. 128; véase también pág. 63, párr. 131; la Corte concluyó seguidamente que, en la causa que estaba examinando, esas condiciones no se habían cumplido, págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142. Por lo que respecta al Estatuto del río Uruguay, firmado en Salto (Uruguay) el 26 de febrero de 1975, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1295, n.º I-21425, pág. 331.

⁶²⁰ En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (véase la nota 583 *supra*), pág. 31, párr. 60 («a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración [de 21 de marzo de 1899, que completa la Convención Franco-Británica de 14 de junio de 1898]»); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a, también puede tener como efecto la modificación de un tratado, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos. Por lo que respecta a la Convención entre Gran Bretaña y Francia para la delimitación de sus respectivas posesiones al oeste del Níger, y de sus respectivas posesiones y esferas de influencia al este de ese río, firmada en París el 14 de junio de 1898, y la Declaración Adicional a la misma, firmada en Londres el 21 de marzo de 1899, véase *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, págs. 38 y 55 respectivamente.

⁶²¹ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), en especial pág. 63, párr. 131, y pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (nota 564 *supra*), pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvenicional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) n.º ARB(AF)/00/1), *In the matter of an arbitration under chapter eleven of the North American Free Trade Agreement*, 9 de enero de 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 470 y ss.; véase en particular págs. 526 y 527, párr. 177 (disponible en línea: <https://icsid.worldbank.org/en/> o bien www.state.gov/documents/organization/16586.pdf); *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005 (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), parte IV, cap. C, párrs. 20 y 21; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 146 a 165.

de este margen para la interpretación de un tratado corre parejo con la renuencia de los Estados y tribunales a admitir que un acuerdo realmente produzca el efecto de enmendar o modificar un tratado⁶²². Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse⁶²³.

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

Artículo 38. - Modificación de los tratados por práctica ulterior

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado⁶²⁴.

23) Este proyecto de artículo dio pie a un intenso debate en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados⁶²⁵. Las enmiendas tendientes a suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que en la Conferencia se rechazara el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado destruida la posibilidad de modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes. Muchos autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no habían deseado tratar esta cuestión en la Convención y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes a tal efecto⁶²⁶. Los

⁶²² Cabe que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 83.

⁶²³ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (nota 564 *supra*), pág. 32.

⁶²⁴ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 200.

⁶²⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones... (A/CONF.39/11)* (nota 535 *supra*), págs. 228 a 237; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 119 a 121; Distefano (nota 533 *supra*), págs. 55 a 61.

⁶²⁶ Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 243 a 245; Yasseen (nota 533 *supra*), págs. 51 y 52; 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. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 611 *supra*), pág. 432, párr. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, (nota 618 *supra*), págs. 702 a 704, párrs. 10 y 11); Distefano (nota 533 *supra*), págs. 62 a 67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three», *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6.ª ed., Cambridge University Press, 2008, pág. 934; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on*

órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales, en cambio, se han abstenido en su mayoría desde la adopción de la Convención de Viena de reconocer esta posibilidad.

24) En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que «la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b, de la Convención de Viena, puede llevar a apartarse de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito»⁶²⁷. No está totalmente claro si con eso la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b, puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados ya que la intención «original» de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión ha reconocido en el proyecto de conclusión 3 aprobado provisionalmente que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, «pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo»⁶²⁸. Por consiguiente, el alcance de la «interpretación» no viene dado necesariamente por una «intención original» fija, sino que más bien debe determinarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, incluidos ciertos acontecimientos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b, puede contribuir a la «interpretación» y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o modificación de un tratado en la práctica es a menudo «difícil, si no imposible, de determinar»⁶²⁹.

(Continuación de la nota 626.)

the Modern Law of Treaties, Cambridge University Press (de próxima aparición), en especial nota 65 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), págs. 89 y 90; véase también Hafner (nota 609 *supra*), págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

⁶²⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), págs. 231 y ss., en especial pág. 256, párr. 62; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 51; Kamto «La volonté de l'État...» (nota 626 *supra*), págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Colonia/Berlín, Heymanns, 1963, pág. 132.

⁶²⁸ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 26 a 30, proyecto de conclusión 3 y su comentario.

⁶²⁹ Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 138; véase también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 243; Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 90; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 46; Karl (nota 534 *supra*), págs. 42 y 43; J.-M. Sorel y V. Boré Eveno, «Article 31: Convention of 1969», en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, págs. 825 y 826, párr. 42; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse «bastante diferentes

25) Aparte del pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*⁶³⁰, la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. En particular, es lo que sucedió en las opiniones consultivas relativas a los asuntos *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad⁶³¹ y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*⁶³² en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica había llevado a una enmienda o modificación de este⁶³³. Como esas opiniones conciernen a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las organizaciones internacionales constituirán el objeto de un informe posterior⁶³⁴.

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

A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho⁶³⁵.

27) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que se habían producido manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)⁶³⁶. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se adoptara la Convención de

jurídicamente», véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island* (nota 539 *supra*), en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner (nota 609 *supra*), pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (nota 534 *supra*), pág. 168.

⁶³⁰ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), en especial pág. 242, párr. 64.

⁶³¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 593 *supra*).

⁶³² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 593 *supra*).

⁶³³ Thirlway (nota 626 *supra*), pág. 64.

⁶³⁴ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238, y *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 179, párr. 42.

⁶³⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

⁶³⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*): «[...] un acuse de recibo muy claro se desprende indudablemente de la conducta de Tailandia [...] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción [...]» (pág. 23); «No cabe imaginar una afirmación más neta del título de soberanía del lado francoindochino» y, por lo tanto, «exigía una reacción» (pág. 30).

Viena y por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena⁶³⁷. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era⁶³⁸.

28) Por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia, si bien deja abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero coinciden con la práctica reconocida de las partes⁶³⁹. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido calificadas de «excepción aislada»⁶⁴⁰ o dictadas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta⁶⁴¹.

⁶³⁷ M. G. Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pág. 272.

⁶³⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*), pág. 26: «un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908». El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* demuestra «que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado», *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1213, párr. 16 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren); Buga (nota 626 *supra*), en especial nota 113.

⁶³⁹ En particular, la opinión consultiva sobre Namibia (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*) (véase la nota 593 *supra*) ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas (véase A. Pellet, «Article 38», en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2012, pág. 844, párr. 279; véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 124 a 126.

⁶⁴⁰ M. G. Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 43, con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 y ss., en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, *ibid.*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 1 y ss., en especial pág. 56, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal Arbitral sostuvo, en un *obiter dictum*, «que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo [de 1 de octubre de 1906] si pudiera detectarse una contradicción» (pág. 57); pero véase R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), pág. 20. El Acuerdo firmado en Rafah el 1 de octubre de 1906 aparece reproducido en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, *Case concerning boundary markers in Taba*, apéndice B, pág. 114.

⁶⁴¹ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI (n.º de venta: 69.V.1), págs. 5 y ss., en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (A/CONF.39/11) (nota 535 *supra*), 37.ª sesión, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 89.

29) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado bien sentado que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que dejaría de ser la «aplicación» de una disposición convencional existente⁶⁴². La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3 párrafo 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual «[I]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados».

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

que una práctica arraigada entre los Estados miembros podía dar lugar a una enmienda del Convenio. En tal caso, el Tribunal acepta que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría servir de constatación del acuerdo de los Estados contratantes en abrogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y suprimir, pues, una limitación explícita a las perspectivas de interpretación evolutiva del artículo 3 (véase [*Soering v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, demanda n.º 14038/88, serie A n.º 161], párr. 103)⁶⁴³.

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

[T]odos los Estados miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo n.º 13 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados que observan la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido enmendado de modo que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal estima que el enunciado de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 2 no impide ya interpretar las palabras «pena o trato inhumano o degradante» del artículo 3 de modo que incluya la pena de muerte (véase *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)⁶⁴⁴.

32) Los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales permiten llegar a las conclusiones siguientes: la situación de la OMC pone de manifiesto que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Por lo tanto, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en definitiva, la cuestión depende

⁶⁴² OMC, informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador...*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1/ *Recurso de los Estados Unidos...*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1 (véase la nota 616 *supra*), párrs. 391 a 393.

⁶⁴³ *Öcalan v. Turkey*, 12 de marzo de 2003, demanda n.º 46221/99, párr. 191; véase también *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, sentencia de 2 de marzo de 2010, demanda n.º 61498/08, ECHR 2010, párr. 119, que a su vez cita *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 de mayo de 2005, demanda n.º 46221/99, ECHR 2005-IV, párr. 163.

⁶⁴⁴ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (véase la nota 643 *supra*), párr. 120; véase también B. Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n.º 3 (2013), pág. 523.

en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales correspondientes⁶⁴⁵.

33) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes «no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico»⁶⁴⁶, consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte prefiere aceptar interpretaciones amplias que pueden extender el sentido corriente de los términos del tratado.

34) Esta conclusión extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sigue la línea de determinadas consideraciones generales que se articularon durante los debates sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena⁶⁴⁷. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración según la cual no se deberían obviar los procedimientos para realizar enmiendas previstos en los tratados recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados⁶⁴⁸. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena acerca de que la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional de los distintos Estados también ha adquirido desde entonces mayor relevancia⁶⁴⁹. Y, si bien la enmienda o modificación de un tratado por la práctica ulterior que establece el acuerdo de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales podría quedar en entredicho en caso de que se reconociera que un medio informal para determinar que hay un acuerdo en forma de una práctica ulterior pudiese modificar fácilmente un tratado⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ Buga (nota 626 *supra*), en especial notas 126 a 132.

⁶⁴⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 635 *supra*), pág. 353, párr. 68.

⁶⁴⁷ Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 119 a 121.

⁶⁴⁸ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice» (nota 629 *supra*), pág. 47; Hafner (nota 609 *supra*), págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 130.

⁶⁴⁹ Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 22 de noviembre de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699e.html), párrs. 19 a 21; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», págs. 145 a 148; Álvarez (nota 648 *supra*), pág. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», págs. 165 y 166, todos en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*).

⁶⁵⁰ Véase, por ejemplo, Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique...» (nota 637 *supra*), pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

35) En conclusión, aunque en el derecho jurisprudencial internacional existen precedentes en apoyo de que, en caso de que el tratado no contenga disposiciones en contrario, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente puede llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales prefieren tratar por todos los medios de considerar una práctica ulterior acordada entre las partes como una tentativa por interpretar el tratado de una manera determinada. Esos intentos por dar a un tratado una interpretación amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena no otorga prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que exige más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes⁶⁵¹. A este respecto, un elemento importante que hay que tomar en consideración es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional correspondiente⁶⁵².

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 señala varios criterios que pueden ser útiles para determinar el peso interpretativo que ha de otorgarse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior concretos en el proceso de interpretación en un caso determinado. Naturalmente, el peso atribuido a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior también debe determinarse en relación con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 1, párr. 5)⁶⁵³.

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de suerte que versa sobre ambos apartados *a* y *b* desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse a un acuerdo ulterior o una

⁶⁵¹ Proyecto de conclusión 1, párr. 5, y el comentario correspondiente (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, págs. 20 a 24); Hafner (nota 609 *supra*), pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de «interpretación» es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 243; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76.

⁶⁵² En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término «comercio» había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva (*Dispute regarding Navigation and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), en especial págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66).

⁶⁵³ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 20.

práctica ulterior como medios de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión «entre otras cosas» indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica⁶⁵⁴, la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica ulteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su especificidad con respecto al tratado correspondiente⁶⁵⁵. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC⁶⁵⁶. El laudo dictado por el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el asunto *Plama c. Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y perspicaz de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En el decenio de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...]. Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato [de la nación más favorecida] NMF pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI⁶⁵⁷.

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se

basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias y a veces aproximadas de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados⁶⁵⁸. En este último contexto, conviene tener presente que los derechos y obligaciones asumidos en virtud de tratados de derechos humanos se deben incorporar correctamente, dentro del marco de apreciación previsto, a la legislación, la práctica ejecutiva y los acuerdos internacionales del respectivo Estado parte. A estos efectos, la existencia de puntos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de los Estados partes puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de restringirlo. Además, la naturaleza de ciertos derechos u obligaciones a veces induce a tener en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en el asunto, *Rantsev c. Chipre* el Tribunal sostuvo que:

[...] de las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados contratantes [...] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata [...]. Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] debe considerarse en ese contexto más amplio⁶⁵⁹.

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que «puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida [...]»⁶⁶⁰, pero en última instancia afirmó no estar convencido «de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada»⁶⁶¹.

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

⁶⁵⁴ En la causa relativa a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 545 *supra*), pág. 50, párr. 126.

⁶⁵⁵ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (nota 598 *supra*), pág. 91.

⁶⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (nota 594 *supra*), en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 627 *supra*), en especial pág. 259, párr. 74; OMC, informe del Grupo Especial, *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, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS350/AB/R; OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/R y Add.1 a 3, aprobado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R, párr. 625.

⁶⁵⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Chipre/Bulgaria TBI), resolución en materia de competencia, caso CIADI n.º ARB/03/24 (ECT), 8 de febrero de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n.º 1 (2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195. Por lo que respecta al Tratado bilateral entre Bulgaria y Chipre sobre promoción y protección recíproca de inversiones, firmado en Nicosia el 12 de noviembre de 1987, véase *Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 de marzo de 1988, pág. 19, también disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.

⁶⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 1990, demanda n.º 10843/84, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978, demanda n.º 5856/72, serie A n.º 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, sentencia de 26 de octubre de 1988, demanda n.º 10581/83, serie A n.º 142, párr. 46.

⁶⁵⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, sentencia de 7 de enero de 2010, demanda n.º 25965/04, ECHR 2010 (extractos), párr. 285, véanse también los párrs. 273 y 274.

⁶⁶⁰ *Chapman v. the United Kingdom* [GC], sentencia de 18 de enero de 2001, demanda n.º 27238/95, ECHR 2001-I, párr. 93.

⁶⁶¹ *Ibid.*, párr. 94.

su falta de peso como medio de interpretación conforme al artículo 31, párrafo 3 a⁶⁶².

7) La cuestión de si la «práctica ulterior» a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b⁶⁶³, requiere más de una aplicación aislada del tratado, fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*:

[...] la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie «concordante, común y coherente» de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación⁶⁶⁴.

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

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 b, con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*⁶⁶⁵. Otros tribunales internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶⁶⁶ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶⁷.

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula

⁶⁶² *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), en especial pág. 63, párr. 131.

⁶⁶³ Proyecto de conclusión 4, párr. 2 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 30).

⁶⁶⁴ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996, pág. 16.

⁶⁶⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (véase la nota 583 *supra*), en especial págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

⁶⁶⁶ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvenional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (véase la nota 621 *supra*), en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

⁶⁶⁷ *Soering v. the United Kingdom* (véase la nota 552 *supra*), párr. 103; *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. 73 y 79 a 82; *Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 555 *supra*), párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase O. K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 2 (2008), pág. 345; véase también A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *AJIL*, vol. 104, n.º 2 (2010), págs. 207 a 215.

«concordante, común y coherente» de una publicación⁶⁶⁸ en la que se dice que «el valor [...] de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente»⁶⁶⁹. La fórmula «concordante, común y coherente» sirve así de orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b, tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica⁶⁷⁰. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada⁶⁷¹.

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula «concordante, común y coherente» puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 b, y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que «[e]l valor de la práctica posterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»⁶⁷². Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación sea tenido en cuenta conforme al artículo 31, párrafo 3 b⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase también Yasseen (nota 533 *supra*), págs. 48 y 49; mientras que el término *commune* ha sido tomado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, *d'une certaine constance y concordante* son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

⁶⁶⁹ Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvenional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (nota 621 *supra*), en especial pág. 118, párr. 114.

⁶⁷⁰ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), págs. 53 y ss., en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70 (1966), págs. 644 a 647 (*valeur probatoire*); Distefano (nota 533 *supra*), pág. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 556, párr. 79; véanse también las alegaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que pueden consultarse en: www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121211-ORA-01-00-BI.pdf, y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponible en: www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121214-ORA-02-00-BI.pdf.

⁶⁷¹ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, aprobado el 22 de junio de 1998, párr. 93.

⁶⁷² *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15; véase también Cot (nota 670 *supra*), pág. 652.

⁶⁷³ En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b, no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véase E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 152, págs. 377 y ss., en especial pág. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (nota 534 *supra*), pág. 166; C. F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations»,

12) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 8 versa sobre el peso que debe atribuirse a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)⁶⁷⁴. No aborda cuándo y en qué circunstancias se puede tomar en consideración esa práctica. El Órgano de Apelación de la OMC ha subrayado, en una situación comparable, que esas dos cuestiones deben distinguirse entre sí:

[...] consideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una «circunstancia» de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32⁶⁷⁵.

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

[...] en primer lugar, el Grupo Especial *no* examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay *como medio de interpretación complementario* en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario [...] ⁶⁷⁶.

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

Entre ell[os] figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado⁶⁷⁷.

13) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término «especificidad», se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de «coherencia», y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. «[U]na práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente *no puede* ser pertinente [al interpretar el sentido de una concesión arancelaria]»⁶⁷⁸.

British Year Book of International Law 1994, vol. 65, págs. 175 y ss., en especial pág. 199. Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 611 *supra*), págs. 431 y 432, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica «en general» no se puede constatar mediante un solo acto: Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 47; Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase asimismo G. Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 310.

⁶⁷⁴ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

⁶⁷⁵ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, aprobado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1, párr. 297.

⁶⁷⁶ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*), párr. 92 (se ha omitido la nota de pie de página).

⁶⁷⁷ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 291 (se ha omitido la nota de pie de página).

⁶⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 307 (el texto citado corresponde al párrafo 95 del informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*)).

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

Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación⁶⁷⁹.

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

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

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

Comentario

1) La primera oración del párrafo 1 enuncia el principio de que un «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a y b, requiere un entendimiento común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Para que ese entendimiento común tenga el efecto previsto en el artículo 31, párrafo 3, las partes deben reconocer y aceptar la interpretación en él contenida. Si bien la diferencia en cuanto a la forma de un «acuerdo» en el sentido del apartado a y el apartado b ya se ha establecido en el proyecto de conclusión 4 y su comentario⁶⁸⁰, en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 se pretende reflejar lo que ambos apartados tienen en común, que es el acuerdo entre las partes, en lo esencial, acerca de la interpretación del tratado.

2) El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a y b, por una parte, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32⁶⁸¹, por otra, es el «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párrafo 3⁶⁸², su función y valor específicos en el

⁶⁷⁹ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*), párr. 93.

⁶⁸⁰ Véase el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (*Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 32).

⁶⁸¹ Véanse el proyecto de conclusión 2 y el proyecto de conclusión 4, párr. 3 (*ibíd.*, págs. 24 y 31).

⁶⁸² Véase Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (nota 564 *supra*), pág. 30: «No hay motivo alguno para pensar que la palabra “acuerdo” en el apartado b tiene un significado diferente del recogido en el apartado a».

proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31⁶⁸³.

3) Las posturas divergentes expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el tribunal arbitral en el caso relativo a la *Deuda externa alemana*, el cual determinó que no podía deducirse la existencia de un «acuerdo ulterior tácito» a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente⁶⁸⁴.

4) No obstante, el acuerdo solo falta en la medida en que las posturas de las partes están en conflicto y durante el tiempo en que lo están. Que las partes difieran en la forma en que se aplica un tratado no permite, en sí, inferir la existencia de posturas encontradas acerca de la interpretación del tratado. Esa diferencia puede indicar discrepancias respecto de la única interpretación correcta, pero también puede reflejar simplemente una coincidencia de pareceres en el sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación (véase *supra* el comentario del proyecto de conclusión 7, párrs. 12 a 15). Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o sobre los refugiados, suelen tener como objetivo lograr una interpretación uniforme, pero también dejan un margen de discrecionalidad a los Estados.

5) Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que se está en presencia de un acuerdo⁶⁸⁵, no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente al comportamiento de dicho Estado una ambigüedad tal que impida determinar que se está en presencia de un acuerdo. Por ejemplo, en el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje declaró que, si bien hubo un momento en que las partes manifestaron diferencias de opinión en cuanto a

la interpretación de un tratado, ese hecho no bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podrían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del Tratado [de Límites de 1881], en la medida en que dichos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. Esto es lo máximo que podría ocurrir⁶⁸⁶.

6) Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el asunto *Loizidou c. Turquía* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto «confirmados por la práctica ulterior de las partes contratantes», es decir, por «la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes según el cual los artículos 25 y 46 [...] del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas»⁶⁸⁷. El Tribunal, aplicando el artículo 31, párrafo 3 b, calificó «esa práctica de los Estados» de «uniforme y coherente», pese a reconocer también que podía darse una excepción en el caso de dos Estados en particular⁶⁸⁸. La decisión parece indicar que, al menos en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existe cierto margen de apreciación al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes en cuanto a una interpretación en particular⁶⁸⁹.

7) El término «acuerdo» que figura en la Convención de Viena⁶⁹⁰ no implica ningún requisito de forma⁶⁹¹, ni siquiera el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a y b⁶⁹². No obstante, la Comisión, a fin de

⁶⁸³ Véase el comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 23); el artículo 31, que debe ser «interpretado en su conjunto», concibe el proceso de interpretación como «una sola operación combinada» y no «estable[ce] una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados» (*Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 241, párrs. 8 y 9).

⁶⁸⁴ *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*, laudo de 16 de mayo de 1980, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX (n.º de venta: E/F.90.V.7), págs. 67 y ss., en especial págs. 103 y 104, párr. 31 (véase también ILR, vol. 59 (1980), págs. 494 y ss., en particular pág. 540); véase también OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (nota 671 *supra*), párr. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, decisión de 14 de febrero de 1985, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, págs. 149 y ss., en especial pág. 175, párr. 66.

⁶⁸⁵ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 627 *supra*), en especial pág. 258, párr. 70; Kolb, «La modification d'un traité...» (nota 640 *supra*), pág. 16.

⁶⁸⁶ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (nota 670 *supra*), pág. 188, párr. 171. Por lo que respecta al Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile, firmado en Buenos Aires el 23 de julio de 1881, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2384, n.º 1295, pág. 205.

⁶⁸⁷ *Loizidou v. Turkey* (nota 667 *supra*), párrs. 79 y 80.

⁶⁸⁸ *Ibíd.* párrs. 80 y 82; el asunto no se refería a la interpretación de un derecho humano particular, sino a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸⁹ La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente, véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping («reducción a cero»)*, WT/DS294/R, aprobado el 9 de mayo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/R, párr. 7.218: «[...] aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [determinada] práctica [...], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. [...] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas [...]».

⁶⁹⁰ Véanse los artículos 2, párrafo 1 a, 3, 24, párrafo 2, 39 a 41, 58 y 60.

⁶⁹¹ Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); confirmado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, disponible en: www.pca-cpa.org, pág. 47, párr. 165; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 45; Distefano (nota 533 *supra*), pág. 47.

⁶⁹² Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 208, 209 y 216 a 220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 554,

distinguir entre un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y una práctica ulterior por la cual «conste el acuerdo de las partes» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un «acto común único»⁶⁹³. No es preciso que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas⁶⁹⁴.

8) Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31, párrafo 3, no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación del tratado; las partes deben también saber y aceptar que esas posturas son comunes. Por ello, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que para que existiera una práctica en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, era necesario que «las autoridades [...] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el Tratado [de 1890]»⁶⁹⁵. En efecto, solo el conocimiento y la aceptación de la postura de las otras partes acerca de la interpretación de un tratado justifica que se considere al acuerdo previsto en el artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, como un medio «auténtico» de interpretación⁶⁹⁶. En determinadas circunstancias, cabe presumir el conocimiento y la aceptación de la postura de la otra parte o las otras partes, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional.

9) El objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el «acuerdo» del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo⁶⁹⁷, a

diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena en que el término «acuerdo» se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante⁶⁹⁸.

10) Así lo confirma la Comisión en el texto definitivo de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión «toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el *acuerdo** [*understanding*] de las partes»⁶⁹⁹. El uso del término *understanding* en la versión inglesa indica que la palabra *agreement* utilizada en el texto inglés del artículo 31, párrafo 3, no requiere que las partes asuman o establezcan una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este⁷⁰⁰. La Conferencia de Viena sustituyó *understanding* (acuerdo) por *agreement* (acuerdo) en la versión inglesa no por motivos sustantivos, sino «como mera cuestión de redacción», a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su «común» acuerdo⁷⁰¹. Dado que solo se distingue del acuerdo en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, en la forma y no en el fondo, el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, tampoco tiene que ser jurídicamente vinculante⁷⁰².

11) Por tanto, basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, atribuyan un determinado sentido al tratado⁷⁰³ o, en otras palabras, adopten un cierto «acuerdo» (*understanding*) respecto del tratado⁷⁰⁴. Así pues, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación de

párr. 75; R. Gardiner, «The Vienna Convention rules on treaty interpretation», en D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, págs. 475 y 483.

⁶⁹³ Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 32); un «acto común único» puede también consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 de junio de 1990, ILR, vol. 105, págs. 1 y ss., en especial págs. 54 a 56; 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/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 220 y 221.

⁶⁹⁴ A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n.º 4 (1986), págs. 789 y 790.

⁶⁹⁵ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1094, párr. 74 («ocupación de la isla por la tribu masubia»), y págs. 1077 y 1078, párr. 55 («informe Eason», el cual «al parecer nunca fue remitido a Alemania»); Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 560, párr. 88.

⁶⁹⁶ En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (nota 537 *supra*), págs. 53 a 55.

⁶⁹⁷ Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); P. Gautier, «Non-binding agreements», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edición online: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, párr. 14; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), págs. 170 y ss., en especial págs. 194 y 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 217; véase también Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time» (nota 673 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 375.

⁶⁹⁸ Véanse los artículos 2, párr. 1 *a*, 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

⁶⁹⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

⁷⁰⁰ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 670 *supra*), en especial pág. 187, párr. 169; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts...* (véase la nota 684 *supra*), párr. 31; Karl (nota 534 *supra*), págs. 190 a 195; Kolb, «La modification d'un traité...» (nota 640 *supra*), págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (nota 534 *supra*), págs. 169 a 171.

⁷⁰¹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones... (A/CONF.39/11)* (nota 535 *supra*), pág. 186, en especial párrs. 59 y 60; P. Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», en N. Angelet y otros (dirs.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit - Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 425 y ss., en especial págs. 430 y 431: *La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme «accord» est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au «traité» défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique* (se ha omitido la nota de pie de página).

⁷⁰² Gautier, «Non-binding agreements» (nota 697 *supra*), párr. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 211 y 213.

⁷⁰³ Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones (*Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 58 y 59, párrs. 18 y 19).

⁷⁰⁴ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, págs. 243 y 244, párrs. 15 y 16 (utiliza el término *understanding* en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párrafo 3 *a*, como del artículo 31, párrafo 3 *b*).

conformidad con el artículo 31⁷⁰⁵. En consecuencia, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales no han exigido que el «acuerdo» a que se hace referencia en el artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes⁷⁰⁶. Del mismo modo, en ocasiones los memorandos de entendimiento han sido reconocidos por su «contribución potencialmente importante a la interpretación», pero «no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes»⁷⁰⁷.

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

13) La primera oración del párrafo 2 confirma el principio de que no todas las partes deben seguir una práctica en particular para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. La segunda oración aclara que, en determinadas circunstancias, el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de esa práctica por las partes que no la siguen.

14) Desde el principio, la Comisión ha reconocido que un «acuerdo» que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31, párrafo 3 *b*, puede ser producto, en parte, del silencio o la inacción de una o más partes. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión «el acuerdo [*understanding*] de las partes» en el proyecto de artículo 27, párrafo 3 *b* (que posteriormente pasó a ser *agreement* (acuerdo) en el artículo 31, párrafo 3 *b* (véase

el párrafo 10 *supra*)), y no la expresión «el acuerdo [*understanding*] de todas las partes», la Comisión señaló lo siguiente:

Estimó que la expresión «el acuerdo de las partes» se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra «todas» simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado⁷⁰⁸.

15) En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia también reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la inacción, al afirmar que, cuando era «evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable», se debía considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había «dado su asentimiento»⁷⁰⁹. El planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores⁷¹⁰ y respaldado por la doctrina en general⁷¹¹. Las «circunstancias» que «exigen una reacción» incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado⁷¹².

16) En el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el Tribunal afirmó que:

⁷⁰⁸ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

⁷⁰⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*), en especial pág. 23.

⁷¹⁰ *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), en especial pág. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Prosecutor v. Furundžija*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, causa n.º IT-95-17/1-T, [1998] 1 ICTY JR, págs. 466 y ss., en particular pág. 591, párr. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (nota 659 *supra*), párr. 285; con prudencia: OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (nota 675 *supra*), párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, laudo n.º 30-16-3 (18 de marzo de 1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts...* (véase la nota 684 *supra*), párr. 31.

⁷¹¹ Kamto, «La volonté de l'État...» (nota 626 *supra*), págs. 134 a 141; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (nota 611 *supra*), pág. 431, párr. 22; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 557 a 559, párrs. 83 y 86.

⁷¹² Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto, «La volonté de l'État...» (nota 626 *supra*), pág. 136.

⁷⁰⁵ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV (n.º de venta: E/F.04.V.18), págs. 1 y ss., en especial pág. 131, párr. 6.8; Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (nota 694 *supra*), págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (nota 534 *supra*), pág. 173; Hafner (nota 609 *supra*), págs. 110 a 113; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne...» (nota 701 *supra*), pág. 434.

⁷⁰⁶ Por ejemplo, «modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación» (OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (véase la nota 664 *supra*), pág. 16); o «pauta [...] [que] implique] un acuerdo sobre la interpretación de la disposición respectiva» (OMC, informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, aprobados el 21 de septiembre de 2010, párr. 7.558); o «práctica [que] refleja un acuerdo sobre la interpretación» (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (nota 621 *supra*), pág. 119, párr. 116); o que «la práctica de los Estados [...] indica la falta de posicionamiento de los Estados contratantes» (*Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 555 *supra*), párr. 62).

⁷⁰⁷ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (véase la nota 705 *supra*), en especial pág. 131, párr. 6.8; véase también *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII (n.º de venta: 06.V.8), págs. 35 y ss., en especial pág. 98, párr. 157.

Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un «acuerdo». En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado [de Límites de 1881]; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción⁷¹³.

En el mismo caso, el Tribunal de Arbitraje estimó que:

La mera publicación de una serie de mapas de valor y mérito sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir [...] que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto a los derechos que le confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al Tratado⁷¹⁴.

17) La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que:

Algunas de esas actividades (la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia) podían considerarse normalmente actos de soberanía. Sin embargo, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria⁷¹⁵.

18) Este fallo parece indicar que, en los casos relativos a tratados que delimitan una frontera, las circunstancias exigen una reacción con respecto a los comportamientos contrarios a la delimitación solo en casos muy excepcionales. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio o la inacción no constituyen aceptación de una práctica⁷¹⁶.

19) El valor del silencio o la inacción a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales demuestran que no es fácil establecer la aceptación de una práctica por una o más partes por su silencio o inacción.

⁷¹³ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 670 *supra*), pág. 187, párr. 169 a.

⁷¹⁴ *Ibid.*, pág. 188, párr. 171.

⁷¹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 635 *supra*), pág. 353, párr. 67.

⁷¹⁶ *Ibid.*, en especial pág. 351, párr. 64: «Sin embargo, la Corte observa que, dado que ha llegado a la conclusión de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada [...], de ello se desprende necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser consideradas, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, como actos *contra legem*»; véase también *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 y ss., en especial pág. 181, párr. 70 (voto particular disconforme del Magistrado Bedjaoui).

20) Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, por ejemplo, se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias judiciales nacionales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31, párrafo 3 b, ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático⁷¹⁷.

21) Además, aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, exprese cierta postura con respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la misión de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido, no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia⁷¹⁸. El motivo fue que las partes en esta causa en particular habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC sostuvo que:

[...] en determinadas situaciones específicas, la «falta de reacción» o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella⁷¹⁹.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha confirmado este enfoque. Teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la interpretación de los artículos 56, 58 y 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tribunal declaró:

El Tribunal reconoce que la legislación nacional de varios Estados, no solo en la región de África Occidental, sino también en otras regiones del mundo, regula el aprovisionamiento de los buques extranjeros que pescan en sus zonas económicas exclusivas de manera comparable a Guinea-Bissau. El Tribunal observa asimismo que no hay ninguna oposición manifiesta a dicha legislación que, en general, se cumple⁷²⁰.

22) El posible valor jurídico del silencio o la inacción ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el

⁷¹⁷ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 583 *supra*), en especial págs. 650 y 651, párr. 48; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 334: «el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación».

⁷¹⁸ *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

⁷¹⁹ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 272 (se ha omitido la nota de pie de página).

⁷²⁰ *The M/V «Virginia G» Case (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia de 14 de abril de 2014, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 2014*, párr. 218.

funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la regla de los actos propios (*estoppel*), la preclusión o la prescripción⁷²¹.

23) El acuerdo que conste entre las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, puede, en algún momento, darse por terminado. Las partes pueden sustituirlo por otro acuerdo de diferente alcance o contenido en virtud del artículo 31, párrafo 3. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir de la fecha de su existencia, al menos con efectos en el futuro⁷²². No obstante, esas situaciones no se deben presumir a la ligera, ya que los Estados no suelen cambiar su interpretación de un tratado en función de consideraciones a corto plazo.

24) También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado luego de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. Sin embargo, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior previo, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común⁷²³. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto de un entendimiento anterior derivado de una práctica común «sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento», sin no obstante quitarle importancia a la práctica común anterior⁷²⁴.

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

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

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

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31,

⁷²¹ *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 540 *supra*), págs. 182 y ss. (voto particular disconforme del Magistrado Spender).

⁷²² Hafner (nota 609 *supra*), pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo conforme al artículo 31, párrafo 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 47.

⁷²³ Karl (nota 534 *supra*), pág. 151.

⁷²⁴ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 545 *supra*), pág. 56, párr. 142.

párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluido el consenso.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a un tipo particular de actuación de los Estados que puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32, a saber, las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes⁷²⁵.

2) Los Estados suelen utilizar las conferencias de los Estados partes como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales⁷²⁶. En líneas generales, esas conferencias pueden dividirse en dos categorías básicas. En primer lugar, algunas conferencias son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano (por ejemplo, las reuniones de los Estados partes de la OMC, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), o la OACI)⁷²⁷. Esas conferencias de Estados partes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 10, que no se refiere a la práctica ulterior de organizaciones internacionales, o en el ámbito de organizaciones internacionales⁷²⁸. En segundo lugar, otras conferencias de Estados partes se convocan en cumplimiento de lo dispuesto en tratados que no establecen una organización internacional; más bien, el tratado simplemente prevé reuniones más o menos periódicas de los Estados partes para su examen y aplicación. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y su comportamiento ulterior en relación con el tratado. Cualquier tipo de conferencia de Estados partes también puede tener competencias específicas en materia de enmienda y/o reforma de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento

⁷²⁵ También se las conoce como Reuniones de las partes o Asambleas de los Estados partes.

⁷²⁶ Véase V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012, pág. 605 (edición online: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>); R. R. Churchill y G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *AJIL*, vol. 94, n.º 4 (2000), pág. 623; J. Brunnée, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n.º 1 (2002), pág. 1; A. Wiersema, «The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, n.º 1 (2009), pág. 231; L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n.º 6 (2009), pág. 293.

⁷²⁷ Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, de 1994; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993; Convenio sobre Aviación Civil Internacional, de 1944.

⁷²⁸ Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de tratados por los que se establecen organizaciones internacionales serán objeto de otro informe.

de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción de 1972⁷²⁹, la Conferencia de examen con arreglo al artículo VIII.3 del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968⁷³⁰, y Conferencias de los Estados Partes establecidas por los tratados internacionales sobre el medio ambiente⁷³¹. La Comisión Ballenera Internacional, establecida en virtud del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena de 1946⁷³² es un caso límite entre las dos categorías básicas de conferencias de Estados partes, y su práctica ulterior se examinó en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*⁷³³.

3) Habida cuenta de que suelen ser establecidas por tratados, las conferencias de Estados partes son, en cierto sentido, «órganos creados en virtud de tratados». Sin embargo, no deben confundirse con los órganos integrados por expertos independientes o los órganos con un número limitado de miembros. Las conferencias de Estados partes son reuniones más o menos periódicas abiertas a todas las partes en un tratado.

4) A fin de reconocer la gran variedad de conferencias de Estados partes y las normas por las que se rigen, el párrafo 1 establece una amplia definición del concepto de «conferencia de Estados partes» a los efectos del presente proyecto de conclusiones, que solo excluye la actuación de los Estados en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional (que será objeto de un proyecto de conclusión ulterior).

5) La primera oración del párrafo 2 reconoce que la importancia jurídica de los actos realizados por las conferencias de Estados partes depende, en primer lugar, de las normas que rigen las conferencias de Estados partes, en particular del tratado constitutivo y del reglamento aplicable. Las conferencias de Estados partes realizan diversos

actos, como el examen de la aplicación del tratado, el examen del tratado en sí y la adopción de decisiones en el marco de procedimientos de enmienda⁷³⁴.

6) Las competencias de las conferencias de Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales, en disposiciones específicas o en ambas. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático comienza con la siguiente formulación general, antes de enumerar 13 tareas específicas de la Conferencia, una de las cuales se refiere al examen de las obligaciones de las partes en el tratado:

La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención.

7) Diversos tratados contienen disposiciones específicas en que se hace referencia a una conferencia de las partes que propondrá «directrices» para la aplicación de determinadas disposiciones del tratado⁷³⁵ o determinará «los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes» para un plan de aplicación del tratado⁷³⁶.

8) Los procedimientos de enmienda (en un sentido amplio del término) pueden ser procedimientos por los que se puede enmendar el texto principal del tratado (cuyo resultado en la mayoría de los casos debe ser ratificado por los Estados partes con arreglo a los procedimientos establecidos en sus constituciones), y procedimientos de aceptación tácita y renuncia expresa⁷³⁷, que suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente⁷³⁸.

9) Como punto de partida, en el párrafo 2 se establece que el efecto jurídico de una decisión adoptada en una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado en cuestión y, en su caso, del reglamento aplicable.

⁷²⁹ Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, art. XI. Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para «examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención [...]». En ese examen se tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención» (art. XII).

⁷³⁰ En el artículo VIII, párrafo 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado y, si así se decide, en lo sucesivo a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia «a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado». Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

⁷³¹ Un ejemplo es la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992; la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto), de 1997; y la Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, de 1971.

⁷³² A menudo se dice que en el Convenio se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y el Convenio atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que encuadran en la definición actual de Conferencia de los Estados partes.

⁷³³ *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*).

⁷³⁴ Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: art. 6, párr. 1, sobre las competencias de examen, y art. 10 *bis* (Protocolo de enmienda de 1982, art. 1), sobre las enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: art. 7, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 15, sobre las enmiendas; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 13, párr. 4, sobre las competencias de examen de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Protocolo de Kyoto, y art. 20, sobre los procedimientos de enmienda; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, art. XI, sobre el examen de la Conferencia de las Partes, y art. XVII, sobre los procedimientos de enmienda; Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares; Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, art. 23, párr. 5 (competencias de examen), art. 28 (enmiendas) y art. 33 (protocolos).

⁷³⁵ Artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

⁷³⁶ El artículo 17 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, relativo al comercio de los derechos de emisión, es un ejemplo; véase Churchill y Ulfstein (nota 726 *supra*), pág. 639; J. Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», en R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 110 a 115.

⁷³⁷ Véase J. Brunnée, «Treaty amendments», en D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, págs. 354 a 360.

⁷³⁸ *Ibid.*

El término «principalmente» deja margen para las normas subsidiarias, «salvo» o «a menos» que «el tratado disponga otra cosa» (véanse, por ejemplo, los artículos 16, 20, 22, párrafo 1, 24, 70, párrafo 1, y 72, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969). La expresión «en su caso» aclara que el reglamento de la conferencia de Estados partes, cuando exista, se aplicará teniendo en cuenta que puede haber situaciones en que las conferencias lleven a cabo su labor sin haber aprobado específicamente un reglamento⁷³⁹.

10) La segunda oración del párrafo 2 reconoce que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de interpretación de los tratados en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes pueden desempeñar una función importante en la determinación del acuerdo común de las partes en cuanto al sentido del tratado.

11) Las decisiones de las conferencias de Estados partes, entre otras cosas, pueden constituir o reflejar acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a, por los cuales las partes interpretan el tratado básico. Por ejemplo, la Conferencia de las Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción ha adoptado «acuerdos adicionales» sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido adoptados por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, por consenso, y «han abordado todos los artículos del tratado para responder a inquietudes concretas a medida que se planteaban»⁷⁴⁰. Mediante esos acuerdos, los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención definiendo, especificando o explicando de algún otro modo el sentido y alcance de las disposiciones, así como adoptando directrices sobre su aplicación. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas⁷⁴¹ define un «acuerdo adicional» como aquel que:

a) interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o

b) da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición⁷⁴².

⁷³⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

⁷⁴⁰ Véase P. Millett, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n.º 1 (2010), pág. 33.

⁷⁴¹ La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados Partes para prestar apoyo administrativo a la Conferencia de Examen y promover las medidas de fomento de la confianza entre los Estados partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), págs. 19 y 20).

⁷⁴² Documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención, titulado «Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la convención» (BWC/CONF.VII/INF.5) (actualizado para incluir los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012), párr. 1.

12) De manera análoga, la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias ha aprobado resoluciones que interpretan ese instrumento. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a petición de los órganos rectores, formuló la siguiente observación con respecto a una «resolución interpretativa» de la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio:

Según el artículo 31, párrafo 3 a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...], para los efectos de la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las partes⁷⁴³.

13) En esa misma línea, el Asesor Jurídico de la OMS ha manifestado en términos generales que:

Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un «acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado», tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena⁷⁴⁴.

14) Los autores también han interpretado que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir acuerdos ulteriores⁷⁴⁵ y al respecto han señalado lo siguiente:

Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado⁷⁴⁶.

15) En relación con la función desempeñada por la Comisión Ballenera Internacional en el marco del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

El artículo VI del Convenio establece que «[l]a Comisión podrá, en su oportunidad, hacer recomendaciones a alguno o a todos los gobiernos contratantes sobre cualquier asunto que se relacione con las ballenas o su caza y con los objetivos y propósitos de este Convenio».

⁷⁴³ Punto 4 del orden del día (Fertilización de los océanos), presentado por la secretaría de la OMI en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos (OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3).

⁷⁴⁴ Véase Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, «Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: Asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo», nota del Asesor Jurídico de la OMS relativa al ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (OMS, documento FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, anexo); S. F. Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n.º 1 (2010), págs. 135 y 136.

⁷⁴⁵ D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011, pág. 83 (en relación con el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 213 y 214.

⁷⁴⁶ B. M. Carnahan, «Treaty review conferences», *AJIL*, vol. 81, n.º 1 (enero de 1987), pág. 229.

Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación del Convenio o su anexo⁷⁴⁷.

16) Los siguientes ejemplos extraídos de la práctica de las conferencias de Estados partes apoyan la afirmación de que las decisiones adoptadas por esas conferencias pueden constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*.

17) El artículo I, párrafo 1, de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción establece que cada Estado parte se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.

18) En la Tercera Conferencia de Examen (1991), los Estados partes señalaron que las prohibiciones establecidas en esa disposición se refieren a «agentes microbianos u otros agentes biológicos o tóxicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano [...]»⁷⁴⁸.

19) El artículo 4, párrafo 9, del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono ha suscitado un debate sobre el significado de la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo». De conformidad con esa disposición:

A los efectos del presente artículo, la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá, por lo que respecta a cualquier sustancia controlada, a todo Estado u organización de integración económica regional que no haya convenido en aceptar como vinculantes las medidas de control vigentes en relación con dicha sustancia.

20) En el caso de los hidroclorofluorocarbonos, la Enmienda de Copenhague (1992) y la Enmienda de Beijing (1999) imponen obligaciones que suscitaron la duda de si para que un Estado «no sea Parte en este Protocolo» debe no serlo en ninguna de esas dos Enmiendas. La Conferencia de las Partes decidió que:

La expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párr. 46.

⁷⁴⁸ Documento Final de la Tercera Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.III/23), parte II, Declaración Final, pág. 11.

⁷⁴⁹ Decisión XV/3 relativa a las obligaciones de las partes en la Enmienda de Beijing dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos; la propia definición se ha formulado de la siguiente manera: «1. [...] *a*) La expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las Enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que

21) Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita (véase el párrafo 8 *supra*) no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de las Conferencias de las Partes del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972 (Convenio de Londres sobre Vertimiento). En su 16.ª reunión, celebrada en 1993, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita previsto en el Convenio⁷⁵⁰. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren⁷⁵¹. La enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes y en la que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que «el Convenio de Londres sobre Vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar»⁷⁵² y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución «amplía efectivamente la definición de “vertimiento” del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles»⁷⁵³. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; *b*) La expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing; *c*) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo”, se aplicará lo dispuesto en el inciso *b* del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *supra*, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005, en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición “Estado que no sea Parte en este Protocolo” hasta la conclusión de la 17.ª Reunión de las Partes» (UNEP/OzL.Pro.15/9, cap. XVIII.A).

⁷⁵⁰ Véanse las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16), de 12 de noviembre de 1993, aprobadas en la 16.ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1775, pág. 395. En primer lugar, la Reunión decidió enmendar la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último, decidió sustituir el párrafo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas; véase también «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO* (OMI, julio de 1997).

⁷⁵¹ Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias «constituyen cambios fundamentales al Convenio» (Churchill y Ulfstein, nota 726 *supra*, pág. 638).

⁷⁵² OMI, resolución LDC.41 (13), párr. 1 (OMI, documento LDC 13/15 (1990), anexo 7).

⁷⁵³ Churchill y Ulfstein (nota 726 *supra*), pág. 641.

22) El artículo 17, párrafo 5, del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación establece que «[l]as enmiendas [...] entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido el instrumento de su ratificación, aprobación, confirmación formal o aceptación por tres cuartos, como mínimo, de las Partes que las hayan aceptado [...]». De resultados de una iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza, la Conferencia de las Partes decidió aclarar el requisito de la aceptación por tres cuartos de las partes y convino en que

sin perjuicio de otros acuerdos ambientales multilaterales, el párrafo 5 del artículo 17 del Convenio de Basilea se interprete en el sentido de que, para que la enmienda entre en vigor, deben aceptarla tres cuartos de los países que eran Partes en el momento de su aprobación y hace notar que esta interpretación del párrafo 5 del artículo 17 no obliga a ninguna Parte a ratificar la Enmienda sobre la prohibición⁷⁵⁴.

Las partes adoptaron esa decisión sobre la interpretación del artículo 17, párrafo 5, por consenso, y muchos Estados partes destacaron que la conferencia de las partes en cualquier convenio era «la autoridad máxima en cuanto a su interpretación»⁷⁵⁵. Aunque de ello parece desprenderse que la decisión constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a, la decisión se tomó tras debatir si era necesaria una enmienda formal al Convenio para alcanzar ese resultado⁷⁵⁶. Cabe señalar también que el representante del Japón, pidiendo que sus palabras se reflejaran en el informe de la Conferencia, dijo que su delegación «respaldaba el criterio del “momento actual” adoptado para interpretar las disposiciones del Convenio relativas a la entrada en vigor de las enmiendas, que se describían en la opinión jurídica proporcionada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas como Depositario^[757], y había aceptado el criterio del “momento actual” enunciado en la decisión sobre la iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza *solo en este caso en particular*»⁷⁵⁸.

23) Los ejemplos anteriores demuestran que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a, u originar una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b, o una

⁷⁵⁴ BC-10/3: Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea, Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (Cartagena (Colombia), 17 a 21 de octubre de 2011), UNEP/CHW.10/28, pág. 33.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, pág. 10, párr. 65.

⁷⁵⁶ G. Handl, «International “lawmaking” by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies», en Wolfrum y Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 736 *supra*), págs. 127 y ss., en especial pág. 132.

⁷⁵⁷ De conformidad con el «criterio del momento actual» empleado por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, cuando un tratado no especifica nada o no es claro al respecto, «[l]a práctica del Secretario General es calcular el número de aceptaciones teniendo en cuenta el número de partes en el tratado en el momento en que se depositó cada instrumento de aceptación de una enmienda». Véanse los fragmentos extraídos del memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de fecha 8 de marzo de 2004, disponibles en inglés en www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

⁷⁵⁸ Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea, UNEP/CHW.10/28 (véase la nota 754 *supra*), pág. 10, párr. 68.

práctica ulterior en el sentido del artículo 32, si no reflejan el acuerdo de las partes. No obstante, el correspondiente carácter de una decisión de una conferencia de Estados partes siempre debe determinarse cuidadosamente. A tal fin, es preciso tener en cuenta la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la conferencia de Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad y la forma en que se aplica. A menudo, las partes no tienen la intención de que tal decisión tenga particular trascendencia.

24) La última oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 recuerda al intérprete que las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad de opciones prácticas para la aplicación del tratado, que no constituyen necesariamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado. De hecho, las conferencias de Estados partes con frecuencia no tratan de resolver o abordar explícitamente cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.

25) A título de ejemplo, cabe referirse a una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Los artículos 9 y 10 del Convenio se centran en la reglamentación del contenido de los productos de tabaco y la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco, respectivamente. Habida cuenta de que esas medidas requieren cuantiosos recursos financieros, en la sección dedicada a las «Consideraciones de orden práctico» en relación con la aplicación de los artículos 9 y 10, los Estados partes acordaron «algunas opciones que las Partes, si lo juzgaran oportuno, podrían utilizar», a saber:

- a) impuestos sobre el tabaco para fines específicos;
- b) derechos por expedición de licencias de fabricación y/o importación de tabaco;
- c) derechos por registro de productos de tabaco;
- d) expedición de licencias a los distribuidores y/o minoristas de tabaco;
- e) sanciones por incumplimiento impuestas a la industria tabacalera y a los minoristas de tabaco; y
- f) derechos anuales para las actividades de vigilancia del tabaco (industria tabacalera y minoristas)⁷⁵⁹.

Esa decisión contiene una enumeración no exhaustiva de opciones prácticas para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Ahora bien, las partes acordaron implícitamente de ese modo que las «opciones» enumeradas serían, en general, compatibles con el Convenio.

26) De lo anterior se desprende que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden producir distintos efectos jurídicos. A menudo esas decisiones no pretenden

⁷⁵⁹ FCTC/COP4(10): Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (reglamentación del contenido de los productos de tabaco y de la divulgación de información sobre los productos de tabaco), anexo, aprobadas en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Punta del Este (Uruguay), 15 a 20 de noviembre de 2010), FCTC/COP/4/DIV/6, pág. 54, directriz 2.3.

ser en sí mismas un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, porque su objeto no es constituir una declaración acerca de la interpretación del tratado. En otros casos las partes dejan suficientemente en claro que la decisión de la conferencia de Estados partes refleja el acuerdo al que han llegado acerca de la interpretación del tratado, y en otros las decisiones pueden producir efectos jurídicos juntamente con una obligación general de cooperar con arreglo al tratado, lo que obliga a las partes a «tener debidamente en cuenta» dicha decisión⁷⁶⁰. En cualquier caso, no puede afirmarse simplemente que porque un tratado no reconozca a la conferencia de Estados partes competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, sus decisiones sean necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y constituyan solamente compromisos políticos⁷⁶¹.

27) En último término, el efecto de las decisiones de las conferencias de Estados partes depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular y esas decisiones deben interpretarse adecuadamente. Un elemento importante puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de Estados partes. La práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de Estados partes puede ser indicio de que los Estados no asumen que la decisión constituya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (véase *supra* el comentario al proyecto de conclusión 9, párrs. 22 y 23). Las decisiones de la conferencia de Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, ni práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, pueden, sin embargo, constituir un medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32⁷⁶².

28) El párrafo 3 establece el principio de que los acuerdos acerca de la interpretación de un tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3, deben referirse al contenido de dicho tratado. Así pues, lo importante es el fondo del acuerdo expresado en la decisión de la conferencia de Estados partes, y no la forma o el procedimiento por el que se alcanza esa decisión. Los actos que se originan en las conferencias de Estados partes pueden tener distintas formas y designaciones y ser el producto de procedimientos distintos. Las conferencias de Estados partes pueden incluso llevar a cabo su labor sin un reglamento aprobado formalmente⁷⁶³. Si la decisión de la conferencia de los

Estados partes se basa en una votación unánime en la que participan todas las partes, es evidente que puede constituir un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, siempre que esa decisión sea «acerca de la interpretación del tratado».

29) Sin embargo, las decisiones de las conferencias de Estados partes sobre las funciones de examen y aplicación suelen adoptarse por consenso. Esta práctica se deriva de los reglamentos que normalmente exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr un consenso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción. De conformidad con el artículo 28, párrafo 2, del Reglamento:

Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso⁷⁶⁴.

Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de Estados partes.

30) A fin de disipar cualquier preocupación acerca de las decisiones adoptadas por consenso, se añadió la expresión «incluido el consenso» al final del párrafo 3 para descartar la idea de que cualquier decisión adoptada por consenso equivaldría necesariamente a un acuerdo sustantivo. De hecho, el consenso no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según los comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento publicados por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁷⁶⁵:

Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que se formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente «unanimidad» de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que

⁷⁶⁰ *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párrs. 83 y 137.

⁷⁶¹ *Ibid.*, párr. 46.

⁷⁶² *Ibid.* (voto particular concurrente de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, párr. 4: «Observo que las resoluciones aprobadas en una votación de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encajen dentro del ámbito de aplicación del artículo 31.3 de la Convención de Viena»).

⁷⁶³ La Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aplica provisionalmente el proyecto de reglamento que figura en el documento FCCC/CP/1996/2, con excepción del proyecto de artículo 42 (Votaciones), ya que hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo respecto de las dos alternativas de votación posibles planteadas, véanse Informe de la Conferencia de las Partes sobre su primer período de sesiones, celebrado en Berlín del 28 de marzo al 7 de abril de 1995 (FCCC/CP/1995/7), pág. 8, párr. 10, e Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 19.º período de sesiones, celebrado en Varsovia del 11 al

23 de noviembre de 2013 (FCCC/CP/2013/10), págs. 6 y 7, párr. 4; de manera análoga, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica tampoco aprobó el artículo 40, párrafo 1, del reglamento, relativo a las votaciones, «debido a la falta de consenso entre las Partes respecto a la mayoría requerida para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo», Informe de la 11.ª reunión de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (8 a 19 de octubre de 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), pág. 24, párr. 65.

⁷⁶⁴ Reglamento provisional de la Conferencia de las Partes encargada del Examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, celebrada en Ginebra del 3 al 21 de marzo de 1980 (BWC/CONF.I/2), pág. 8.

⁷⁶⁵ Véase la resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas «que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización» (anexo, párr. 24).

consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso⁷⁶⁶.

31) De ello se desprende que la adopción por consenso no es una condición suficiente para un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Los reglamentos de las conferencias de Estados partes por lo general no proporcionan ninguna indicación acerca de los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Esos reglamentos solo determinan la forma en que las conferencias de Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos como acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. Aunque los acuerdos ulteriores a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a*, no son necesariamente vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena solo les atribuye efectos jurídicos en virtud del artículo 31 si existe un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto⁷⁶⁷.

32) Que algunas decisiones, pese a haberse declarado adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es especialmente cierto cuando uno o varios Estados se han opuesto a ese consenso.

33) Por ejemplo, en su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de los Principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de impactos de especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies⁷⁶⁸. Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se dejara constancia en el informe final de la reunión de las reservas que Australia había planteado. Sin embargo, el representante de Australia reiteró que «no podía aceptar los principios de orientación» y «su objeción explícita se mantuvo»⁷⁶⁹. La Presidenta declaró cerrado el debate y dijo que, «siguiendo la práctica establecida», quedaba aprobada la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de las partes discrepantes se reflejarían en el informe final de la reunión. Tras la adopción de la decisión, Australia reiteró su parecer de que «el consenso era adopción sin objeción explícita» y expresó sus «preocupaciones respecto de la legalidad del procedimiento de aprobación del proyecto de decisión». De resultas de todo ello, se añadió una nota a pie de página a la decisión VI/23 en la que se indica que «[d]urante el proceso de adopción de esta decisión,

un representante formuló una objeción explícita y recalco que estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto existiendo una objeción explícita»⁷⁷⁰.

34) Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas⁷⁷¹, quien respondió⁷⁷² que una parte podía «disociarse del fondo o del texto del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar ninguna otra restricción respecto de la posición de su gobierno sobre el fondo o el texto del documento»⁷⁷³. Así pues, queda claro que se puede adoptar una decisión por consenso pese al desacuerdo de uno o varios Estados partes respecto del fondo de la decisión.

35) La decisión relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y una decisión similar adoptada en Cancún en 2010 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)⁷⁷⁴ plantearon la importante cuestión de qué hay que entender por «consenso»⁷⁷⁵. Sin embargo, esa pregunta, que no encaja dentro de los límites del presente tema, debe distinguirse de la cuestión de si todas las partes en un tratado han llegado a un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación de ese tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. Las decisiones de las conferencias de Estados partes que no reflejan un acuerdo sustantivo entre todas las partes no pueden considerarse acuerdos en el sentido del artículo 31, párrafo 3, pero pueden ser «otra práctica ulterior» a que se refiere el artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)⁷⁷⁶.

36) Una cuestión diferente es la de los efectos jurídicos de la decisión de una conferencia de Estados partes que constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En 2011 se pidió a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI que «asesor[ara] a los órganos rectores [...] sobre las prescripciones de procedimiento en relación con de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si se recesita o no el consenso para tal decisión»⁷⁷⁷. En su respuesta, la Subdivisión de

⁷⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 316, 318 y 321; el debate figura en los párrs. 294 a 324. Todas las decisiones de la Conferencia de las Partes están disponibles en línea en: www.cbd.int/decisions/.

⁷⁷¹ La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

⁷⁷² Carta de fecha 17 de junio de 2002, enviada por fax.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ Véase la decisión 1/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15.º período de sesiones; y la decisión 2/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, adoptada por la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); y las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), párr. 29.

⁷⁷⁵ Véase Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time» (nota 673 *supra*), págs. 372 a 377.

⁷⁷⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

⁷⁷⁷ OMI, documento LC 33/4, párr. 4.15.2.

⁷⁶⁶ Comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento: «Consensus in UN practice General», documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en: www.un.org/es/ga/about/ropga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf); véase también R. Wolfrum y J. Pichon, «Consensus», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición online: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>), párrs. 3 y 4, y 24.

⁷⁶⁷ *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párr. 83.

⁷⁶⁸ Informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I: decisión VI/23.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, párr. 313.

Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados partes puede, en principio, constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a*, aconsejó a los órganos rectores que incluso si la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión sería vinculante para todas las partes⁷⁷⁸.

37) Aun cuando parte del presupuesto erróneo de que un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, solo sería vinculante «como un tratado o una enmienda a un tratado»⁷⁷⁹, la opinión de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI llega a la conclusión correcta de que, aunque la decisión adoptada por consenso por una conferencia de Estados partes constituya un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación, no es (necesariamente) vinculante para las partes (véase *supra* el comentario al proyecto de conclusión 9, párrs. 9 a 11). Más bien, como ha señalado la Comisión, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es solo uno de los distintos

medios de interpretación que deberán tomarse en cuenta en el proceso de interpretación⁷⁸⁰.

38) Así pues, las resoluciones interpretativas de las conferencias de Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí mismas, pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, si hay indicios suficientes para suponer que esa fue la intención de las partes cuando adoptaron la decisión, o si, por la práctica ulterior de las partes, consta la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación del tratado⁷⁸¹. El intérprete debe atribuir el peso que corresponda a una resolución interpretativa de esa índole conforme al artículo 31, párrafo 3 *a*, pero no considerarla por necesidad jurídicamente vinculante⁷⁸².

⁷⁸⁰ Comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 4 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 25).

⁷⁸¹ *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*) (voto particular concurrente del Magistrado Greenwood, párr. 6, y voto particular concurrente de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, párr. 4).

⁷⁸² Comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 4 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 25).

⁷⁷⁸ OMI, documento LC 33/J/6 (véase la nota 743 *supra*), párr. 3.

⁷⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 8.