



## Comisión de Derecho Internacional

### 66º período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio  
a 8 de agosto de 2014

## Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

Informe de Georg Nolte, Relator Especial\*

### Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	3
II. Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior . . . . .	4
1. Comportamiento observado “en la aplicación” y “acerca de la interpretación” del tratado. . . . .	4
2. Comportamiento no observado “en la aplicación” y “acerca de la interpretación” del tratado. . . . .	6
3. Determinación de si el comportamiento se observa “en la aplicación” o “acerca de la interpretación” de un tratado . . . . .	7
4. Conclusión. . . . .	11
III. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación . . . . .	12
1. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia . . . . .	12
2. Práctica de los Estados . . . . .	16
3. Especificidad de la práctica . . . . .	19
IV. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b) . . . . .	21
1. Formas que podría revestir la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b) . . . . .	22

\* El autor agradece el apoyo brindado por el programa de becas del Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, gracias al cual ha sido posible elaborar el presente informe.



---

2.	Densidad y uniformidad de la práctica ulterior . . . . .	22
V.	Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado . . . . .	26
1.	Existencia y alcance del acuerdo . . . . .	26
2.	El “acuerdo” a que se hace referencia en el artículo 31 3) puede ser informal . . . . .	28
3.	Conocimiento por las partes de su acuerdo . . . . .	29
4.	El acuerdo mencionado en el artículo 31 3) no necesariamente debe ser jurídicamente vinculante en sí mismo . . . . .	29
5.	El silencio como posible elemento de un acuerdo en virtud del artículo 31 3) . . . . .	31
6.	Práctica ulterior por la que consta un acuerdo sobre la inaplicación temporal de un tratado o sobre un mero arreglo práctico . . . . .	36
7.	Modificación o rescisión de un acuerdo acerca de la interpretación mencionado en el artículo 31 3) a) o b) . . . . .	37
VI.	Decisiones adoptadas en el marco de las conferencias de los Estados partes . . . . .	39
1.	Formas de las conferencias de los Estados partes . . . . .	39
2.	Tipos de actos adoptados por los Estados partes en el marco de una conferencia de los Estados partes . . . . .	41
3.	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los que se refiere el artículo 31 3) pueden dimanar de las conferencias de los Estados partes . . . . .	42
4.	Forma y procedimiento . . . . .	48
5.	Actos no aprobados en presencia de todas las partes en un tratado . . . . .	52
VII.	Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior . . . . .	54
1.	Procedimientos concretos de interpretación y artículo 31 3) a) y b) . . . . .	54
2.	La relación entre interpretación y modificación . . . . .	55
3.	Modificación de los tratados por medio de acuerdos ulteriores o la práctica ulterior . . . . .	56
VIII.	Futuro programa de trabajo . . . . .	75
Anexo		
	Proyectos de conclusión propuestos . . . . .	77

## I. Introducción

1. En su 65° período de sesiones (2013), la Comisión de Derecho Internacional examinó el primer informe sobre el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión con comentarios<sup>1</sup>. Esos proyectos de conclusión:

- Sitúan el tema en el marco general de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (proyecto de conclusión 1);
- Caracterizan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31 3) como medios auténticos de interpretación (proyecto de conclusión 2);
- Delimitan la relación entre los acuerdos ulteriores, la práctica ulterior y las condiciones en que puede interpretarse que los términos de un tratado evolucionan con el tiempo (proyecto de conclusión 3);
- Formulan definiciones de acuerdo ulterior y de dos formas de práctica ulterior (proyecto de conclusión 4);
- Tratan la cuestión de la atribución de la práctica ulterior (proyecto de conclusión 5).

2. Durante los debates en la Sexta Comisión acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 65° período de sesiones, los Estados reaccionaron por lo general favorablemente a la labor realizada por la Comisión sobre el tema<sup>2</sup>. Las cuestiones y preocupaciones concretas planteadas en esos debates se abordarán en el presente informe y cuando la Comisión examine los proyectos de conclusión de conformidad con sus procedimientos. Entre las novedades pertinentes producidas desde el 65° período de sesiones de la Comisión figuran los fallos emitidos por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*<sup>3</sup> y a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelandia)*<sup>4</sup>.

Este segundo informe abarca los siguientes aspectos del tema:

- Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (cap. II)<sup>5</sup>;

<sup>1</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65° período de sesiones (A/68/10), cap. IV, párrs. 29 a 39.

<sup>2</sup> Las declaraciones formuladas por los Estados durante los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el tema “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 65° (tema 81 del programa)” se pueden consultar en <https://papersmart.unmeetings.org/ga/sixth/68th-session/agenda/81> (todas las fuentes de Internet citadas en el presente informe se consultaron el 24 de febrero de 2014).

<sup>3</sup> *Corte Internacional de Justicia, fallo de 27 de enero de 2014* (se puede consultar en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf)).

<sup>4</sup> *Corte Internacional de Justicia, fallo de 31 de marzo de 2014* (se puede consultar en [www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf)). Véase también *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), fallo de 11 de noviembre de 2013* (se puede consultar en [www.icj-cij.org/docket/files/151/17704.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/151/17704.pdf)), párr. 75.

<sup>5</sup> El artículo 31 3) a) habla de acuerdo ulterior “entre las partes”.

- Posibles efectos de los acuerdos posteriores y la práctica posterior en la interpretación de los tratados (cap. III);
- Forma y valor de la práctica posterior prevista en el artículo 31 3) b) (cap. IV) <sup>6</sup>;
- Condiciones para un “acuerdo” de las partes acerca de la interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31 3) (cap. V) <sup>7</sup>;
- Decisiones adoptadas en el marco de las Conferencias de los Estados Partes (cap. VI); y
- Posible alcance de la interpretación por medio de los acuerdos posteriores y la práctica posterior (cap. VII).

## II. Determinación de los acuerdos posteriores y la práctica ulterior

3. Los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios de interpretación deben identificarse como tales.

### 1. Comportamiento observado “en la aplicación” y “acerca de la interpretación” del tratado

4. La práctica posterior mencionada en los artículos 31 3) b) y 32 debe seguirse “en la aplicación del tratado” y los acuerdos posteriores mencionados en el artículo 31 3) a) deben ser “acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”<sup>8</sup>. Aunque puede haber aspectos de la “interpretación” que no guarden relación con la “aplicación” de un tratado<sup>9</sup>, toda aplicación de un tratado presupone la interpretación de este, incluso si la norma en cuestión puede parecer evidente a primera vista<sup>10</sup>. En consecuencia, tanto en el comportamiento “acerca de la

<sup>6</sup> La Comisión ha dejado esta cuestión pendiente (véase A/68/10, pág. 38, párr. 20); la secuencia sigue la distinción establecida por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que señaló, en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, que la “práctica ulteriormente seguida” entraña dos elementos: “i) que exista una pauta común, concordante y coherente de actos o declaraciones; y ii) que esos actos o pronunciamientos impliquen un acuerdo sobre la interpretación de la disposición respectiva” (véase OMC, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros: trato arancelario a determinados productos de tecnología de la información*, informe del Grupo Especial (16 de agosto de 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, párr. 7.558).

<sup>7</sup> La Comisión ha dejado esta cuestión pendiente (véase A/68/10, pág. 37, párr. 16).

<sup>8</sup> Véase el proyecto de conclusión 4, párrs. 1 a 3 (A/68/10, pág. 12).

<sup>9</sup> Según G. Haraszti, la interpretación “tiene como objetivo aclarar el sentido del texto”, mientras que la aplicación “supone precisar las consecuencias que recaen en las partes contratantes” (véase G. Haraszti, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), pág. 18); dicho autor reconoce, no obstante, que “una norma jurídica, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, no puede aplicarse a menos que se haya aclarado su contenido” (*ibid.*).

<sup>10</sup> Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr. 1), párr. 423; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, 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*, vol. 151 (1976), pág. 47; U. Linderfalk, “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,

interpretación” del tratado como en el comportamiento observado “en la aplicación” del tratado, uno o más Estados partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado<sup>11</sup>. Si bien en el caso de un “acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado” mencionado en el artículo 31 3) a) (primera alternativa) la posición acerca de la interpretación del tratado se asume de manera específica y deliberada, es posible que la situación no sea tan clara en el caso de un “acuerdo ulterior [...] acerca de [...] la aplicación de sus disposiciones” mencionado en el artículo 31 3) a) (segunda alternativa)<sup>12</sup>. La posición acerca de la interpretación asumida “por medio de la aplicación” se refleja en los simples actos de aplicación del tratado, es decir, en “cada medida adoptada sobre la base del tratado interpretado”<sup>13</sup>, con arreglo a los artículos 31 3) b) y 32<sup>14</sup>.

5. Es difícil imaginar un comportamiento observado “en la aplicación del tratado” que no entrañe la asunción por el Estado parte en cuestión de una posición “acerca de la interpretación” del tratado. De hecho, un comportamiento que no permita considerar que el Estado en cuestión ha asumido una posición acerca de la interpretación del tratado no puede considerarse realizado “en” su “aplicación”. De ello se desprende que el comportamiento observado “en la aplicación del tratado” no es más que un ejemplo, aunque el más importante de todos ellos, de actos “acerca de la interpretación”. Por tanto, la palabra “o” del artículo 31 3) a) no designa ninguna alternativa, sino más bien un ejemplo de la misma cuestión.

6. Cabe señalar que una determinada “aplicación” del tratado no necesariamente refleja la única posición jurídicamente posible de un Estado parte con arreglo al tratado y a las circunstancias<sup>15</sup>. Además, el concepto de “aplicación” no excluye las prácticas de agentes no estatales que el tratado reconoce como formas de aplicación y que son atribuibles a una o más de sus partes<sup>16</sup>.

---

núm. 1 (2007), págs. 141 a 144 y 147; G. Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, pág. 44; M. E. Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”, en *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 111.

<sup>11</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 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* (Berlin, Springer, 1983), págs. 114 y 118; O. Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, en *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Springer, 2012), pág. 556, párrs. 80 y 82.

<sup>12</sup> Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero nunca se abordó ni aclaró su alcance y finalidad (véase *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales*, A/CONF.39/11, pág. 185, párr. 53).

<sup>13</sup> Linderfalk, véase la nota 11 *supra*, págs. 164, 165 y 167.

<sup>14</sup> Véanse los proyectos de conclusión 1 4) y 4 3), nota 1 *supra*, pág. 12.

<sup>15</sup> Véase la secc. 3 *infra* y el cap. III. 2. b) *infra*.

<sup>16</sup> Véase L. Boisson de Chazournes, “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.

## 2. Comportamiento no observado “en la aplicación” y “acerca de la interpretación” del tratado

7. El comportamiento ulterior que se realiza con independencia de una obligación convencional no es un comportamiento observado “en la aplicación del tratado” o “acerca” de su interpretación. En la causa relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados pusieron en duda que el pago continuo por los Estados Miembros de las Naciones Unidas de sus contribuciones como miembros significara que estos aceptaban determinada práctica de la Organización<sup>17</sup>. El Magistrado Fitzmaurice formuló, en este contexto, una advertencia bien conocida, a saber: “si se lleva demasiado lejos, el argumento basado en la práctica puede dar lugar a una petición de principio”<sup>18</sup>. Según el Sr. Fitzmaurice, “difícilmente se puede deducir del mero hecho de que los Estados Miembros pagan que estos admiten necesariamente en todos los casos que existe una obligación jurídica positiva de hacerlo”<sup>19</sup>.

8. Asimismo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que el intento de las partes en el Acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la Corte) de celebrar un acuerdo especial o compromiso adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes consideraran que la celebración de ese acuerdo adicional fuera necesaria para establecer la competencia de la Corte<sup>20</sup>.

9. Otro ejemplo de práctica voluntaria que no se realiza “en aplicación” o “acerca de la interpretación” de un tratado se refiere a la “protección complementaria” en el contexto del derecho de los refugiados. Las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado previsto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a menudo reciben “protección complementaria”, equivalente a la protección prevista en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden esa protección complementaria no consideran que estén actuando “en aplicación de” la Convención<sup>21</sup>.

10. A veces es difícil distinguir los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior pertinentes acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado con arreglo a los artículos 31 3) a) y b) y 32 de otros comportamientos o actos en el contexto más amplio del tratado, incluidos los “actos simultáneos” en la esfera del tratado. Sin embargo, esa distinción es importante, ya que solo el comportamiento acerca de la interpretación observado por una o más partes tiene autoridad específica en el proceso de interpretación. Basta con decir en este punto que cuanto más específica sea la relación de un acuerdo o práctica con un tratado, mayor valor probatorio o

<sup>17</sup> *Certain Expenses of the United Nations*, opinión consultiva, *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).

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 201.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *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. 76, párr. 28.

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

interpretativo puede adquirir con arreglo a los artículos 31 3) a) y b) y 32<sup>22</sup>. El fallo en la causa relativa a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)* es el ejemplo más reciente de la necesidad de establecer esa distinción, pero también de lo difícil que resulta a veces establecerla<sup>23</sup>.

### 3. Determinación de si el comportamiento se observa “en la aplicación” o “acerca de la interpretación” de un tratado

11. Para determinar si un acuerdo ulterior o una práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 3) y 32 refleja una posición acerca de la interpretación de un tratado se requiere a menudo un cuidadoso análisis fáctico y jurídico. Este extremo puede ilustrarse con ejemplos de la práctica judicial y de los Estados.

#### a) Corte Internacional de Justicia

12. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece diversos ejemplos en los que en última instancia se consideró que lo que a primera vista podía parecer un acuerdo o práctica ulterior pertinente no lo era, y viceversa. Así, por ejemplo, la Corte no consideró que un “comunicado ministerial conjunto” formara parte “de la base convencional del derecho de libre navegación”, dado que “las modalidades de cooperación que establecen pueden ser revisadas a conveniencia de las partes”<sup>24</sup>. La Corte ha sostenido, sin embargo, que la ausencia de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado, o la inexistencia de ciertas formas de aplicación del tratado, constituía una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en virtud de diversos tratados sobre armas envenenadas<sup>25</sup>. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede determinarse examinando atentamente si esta se realiza, y en qué medida, “acerca de la interpretación” del tratado. Por ello, la Corte sostuvo, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que “las resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Ballenera Internacional] que han sido aprobadas por consenso exhortan a los Estados partes a que tengan en cuenta si los objetivos de investigación pueden alcanzarse en la práctica y en el plano científico con métodos de investigación no letales, pero no establecen la obligación de que solo se usen métodos letales cuando no haya otros métodos disponibles”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> En relación con el “valor” (probatorio o interpretativo) de un acuerdo o práctica como medio de interpretación, véase el cap. IV *infra*.

<sup>23</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, párrs. 103, 104 a 117 y 118 a 151 (véase la nota 3 *supra*).

<sup>24</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 234, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1091, párr. 68, donde la Corte dio a entender que una de las partes no consideraba que ciertos tipos de cooperación práctica fueran jurídicamente pertinentes en relación con la cuestión de la frontera en disputa y, por lo tanto, no aceptó la posición opuesta de la parte contraria.

<sup>25</sup> *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)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 232 a 235 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>26</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, *C.I.J.*, fallo de 31 de marzo de 2014 ([www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf)), párr. 83.

**b) Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos**

13. A la hora de determinar si la Declaración sobre Solución de Reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares a la República Islámica del Irán, en particular a la luz de la práctica ulterior de las partes, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró que dicho tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución<sup>27</sup>:

66. [...] Aunque el párrafo 9 de la Declaración General no establece expresamente ninguna obligación de indemnizar al Irán en caso de que no se le devuelvan ciertos artículos debido a las disposiciones del derecho de los Estados Unidos aplicables antes del 14 de noviembre de 1979, el Tribunal considera que esa obligación está implícita en dicho párrafo. [...]

68. Además, el Tribunal considera que la interpretación realizada en el párrafo 66 *supra* es coherente 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. De conformidad con el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, dicha práctica también debe tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981 en la que informó al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos señalaron expresamente que, “en la medida de lo posible, se reembolsará al Irán el costo del equipo”.

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

El comportamiento ulterior de un Estado parte solo es una base adecuada para interpretar un tratado si consta que dicho comportamiento estuvo motivado por el tratado. En este caso no hay pruebas, ni siquiera ningún argumento, que permitan concluir que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por sus bienes respondiera a su percepción de que existía una obligación impuesta por el párrafo 9. Ese comportamiento sería igualmente coherente con la existencia de una obligación contractual de efectuar el pago. A falta de indicios de que ese comportamiento estuviera motivado por el tratado, es incorrecto basarse en él para interpretar el tratado<sup>28</sup>.

En su conjunto, la opinión de la mayoría y la opinión disidente acotan claramente las cuestiones pertinentes.

**c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos**

14. En ocasiones, de la naturaleza de un tratado o de una disposición específica también puede deducirse que los Estados partes asumen una posición acerca de la interpretación de este. Si bien la práctica ulterior en la aplicación de un tratado consiste a menudo en actos de distintos órganos del Estado (ejecutivos, legislativos o judiciales) de aplicación consciente de un tratado a distintos niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no suele

<sup>27</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo parcial núm. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), págs. 294 y 295.

<sup>28</sup> Opinión separada del Magistrado Holtzmann (en parte concurrente y en parte disidente), Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo parcial núm. 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), pág. 304.

abordar explícitamente la cuestión de si una práctica concreta se realizó “en la aplicación” o “acerca de la interpretación” del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>29</sup>, o si el Estado, al realizarla, estaba asumiendo una posición jurídica. Así, al describir la situación jurídica interna en los Estados miembros, el Tribunal rara vez se pregunta si esa situación jurídica es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se hayan debatido los posibles requisitos establecidos en el Convenio. El Tribunal presume, no obstante, que los Estados miembros, al legislar o actuar de una manera particular, son conscientes de las obligaciones que les incumben con arreglo al Convenio y que su proceder responde a una interpretación de buena fe de sus obligaciones<sup>30</sup>. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la “falta de aprensión” de las partes a interpretar el Convenio en cierto sentido puede ser indicativa de que asumen determinada posición acerca de la interpretación del tratado<sup>31</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien hace menos referencia a la práctica legislativa de los Estados y se concentra más en los acontecimientos internacionales más generales, ha utilizado en ocasiones esa práctica legislativa como medio de interpretación<sup>32</sup>.

#### d) Derecho del mar

15. El Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI<sup>33</sup> de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ofrece un ejemplo importante de la necesidad de determinar cuidadosamente, antes que nada, si un acto o acuerdo constituye efectivamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior “acerca de la interpretación” o “en la aplicación” del tratado. El Acuerdo establece que se interpretará en forma conjunta con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como un “solo instrumento” y que, en los casos de conflicto, prevalecerá lo dispuesto en él<sup>34</sup>. El hecho de que solo las partes en la Convención puedan ser partes en el Acuerdo<sup>35</sup> sugiere que, en la medida en que no todas las partes en la Convención son partes en el Acuerdo, este (también) pretende influir en la interpretación de aquella. Por tanto, aunque el Acuerdo prevé la “no aplicación”

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, *Soering v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, demanda núm. 14038/88, ECHR Series A, núm. 161, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, demanda núm. 7275/76, ECHR Series A, núm. 45, párr. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, 12 de noviembre de 2008, demanda núm. 34503/97, ECHR 2008, párr. 48; compárese sin embargo, por contraste, con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], demanda núm. 46827/99, ECHR 2005-I, párr. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 de marzo de 1991, demanda núm. 15576/89, ECHR Series A, núm. 201, párr. 100.

<sup>30</sup> Véase la nota 29 *supra*; véase además *Marckx v. Belgium*, 13 de junio de 1979, demanda núm. 6833/74, ECHR Series A, núm. 31, párr. 41; *Jorgic v. Germany*, 12 de julio de 2007, demanda núm. 74613/01, ECHR 2007-III, párr. 69; *Mazurek v. France*, 1 de febrero de 2007, demanda núm. 34406/97, ECHR 2000-II, párr. 52.

<sup>31</sup> *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* [GC], demanda núm. 52207/99, ECHR 2001 – XII, párr. 62.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, núm. 94, párr. 12.

<sup>33</sup> Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, núm. 31364).

<sup>34</sup> *Ibid.*, artículo 2; el anexo, secc. 1, párr. 17, secc. 2, párr. 6, secc. 3, párr. 14, y secc. 7, párr. 2, establece que “las disposiciones pertinentes de la sección 4 de la Parte XI de la Convención se interpretarán y aplicarán de conformidad con este Acuerdo”.

<sup>35</sup> *Ibid.*, artículo 4, párr. 2.

de las disposiciones de la Convención<sup>36</sup>, crea nuevas instituciones y, cabría afirmar, formula incluso enmiendas a la Convención, también es, al asumir ciertas posiciones acerca de la interpretación de la Convención, una forma de práctica ulterior acerca de la interpretación de esta<sup>37</sup>.

e) **Derecho internacional humanitario**

16. El artículo 118 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 establece que “los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”. Los Estados partes, de manera deliberada, no mencionaron como pertinente la voluntad del prisionero de guerra de no ser repatriado, para evitar que los Estados invocaran abusivamente la voluntad de los prisioneros a fin de demorar la repatriación<sup>38</sup>. No obstante, en la práctica el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) siempre ha insistido, como condición para su participación, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado<sup>39</sup>. Sin embargo, esta práctica no significa necesariamente que el artículo 118 deba interpretarse en el sentido de que impide que la repatriación de un prisionero de guerra se haga en contra de su voluntad. En el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se señala, en el comentario sobre la norma 128 A, lo siguiente:

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

<sup>36</sup> *Ibid.*; véase, por ejemplo, el anexo, secc. 2, párr. 3.

<sup>37</sup> Por el contrario, el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 Relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2167, núm. 37924) está abierto a la firma de Estados que no son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (artículo 1, párr. 2) y establece, en su artículo 4, que “ninguna disposición en el presente Acuerdo se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención”. Sin embargo, dicho Acuerdo también se ha interpretado en el sentido de que precisa las obligaciones generales de cooperar que figuran en los artículos 63, párr. 2, 64 y 117 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (véase C. Warbrick, D. McGoldrick y D. H. Anderson, “The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, núm. 2 (1996), pág. 468).

<sup>38</sup> C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Schulthess, 1977), págs. 145 a 156 y 171 a 175; en relación con el deber de repatriar, véase en general S. Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, en *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., D. Fleck (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 409 y 410.

<sup>39</sup> Con su participación, el Comité Internacional de la Cruz Roja trata así de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto a la voluntad de los prisioneros de guerra (véase Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, págs. 409 y 410).

no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si la persona desea ser repatriada (o liberada)<sup>40</sup>.

17. Esta formulación sugiere que la práctica de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que participa el CICR y en los que esta organización ha formulado esa condición. Los Estados han sacado distintas conclusiones de esta práctica del CICR<sup>41</sup>. En el Manual de 2004 del Reino Unido se establece lo siguiente:

Una cuestión más controvertida es la de si los prisioneros de guerra *deben* ser repatriados incluso en contra de su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deberían serlo. La política del Reino Unido al respecto es que los prisioneros de guerra no deberían ser repatriados en contra de su voluntad<sup>42</sup>.

18. Esta particular combinación de las palabras “deben” y “deberían” indica que, al igual que el CICR, el Reino Unido no asienta firmemente su política en lo que sugiere la práctica ulterior, a saber, que debe respetarse siempre la voluntad declarada del prisionero de guerra<sup>43</sup>.

#### 4. Conclusión

19. Los ejemplos extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados demuestran la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular averiguar si las partes asumen, mediante un acuerdo o práctica, una posición acerca de la interpretación de un tratado o si están motivadas por otras consideraciones. Ello es especialmente necesario en el caso de los denominados memorandos de entendimiento<sup>44</sup>. En última instancia, el fin declarado o discernible de cualquier acuerdo de las partes es decisivo<sup>45</sup>.

En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

- 
- <sup>40</sup> J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. 1, *Normas* (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), pág. 514.
- <sup>41</sup> J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice* (Cambridge, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, e información actualizada en línea para Australia, España, Israel y los Países Bajos disponible en [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule128\\_sectiond](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond).
- <sup>42</sup> Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), págs. 205 y 206, párr. 8.170 (en cursiva en el original).
- <sup>43</sup> El Manual de los Estados Unidos solo menciona la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos (véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855), pero la práctica de los Estados Unidos después de la segunda guerra del Golfo consistió en dejar que el Comité Internacional de la Cruz Roja averiguara la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (Estados Unidos de América, Departamento de Defensa, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress* (Oficina de Impresión del Gobierno de los Estados Unidos, 1992), págs. 707 y 708, disponible en [www.dod.mil/pubs/foi/operation\\_and\\_plans/PersianGulfWar/404.pdf](http://www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf)).
- <sup>44</sup> Véase el cap. V. 4 *infra*.
- <sup>45</sup> Véase también L. Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford University Press, 2013), págs. 25 y 26.

### Proyecto de conclusión 6

#### Determinación 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.

## III. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

20. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en la interpretación de un tratado en un caso concreto, es decir, en el proceso interactivo que consiste en prestar la debida atención a los diversos medios de interpretación en “una sola operación combinada”<sup>46</sup>. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 3) y 32 puede así contribuir a aclarar el sentido de un tratado<sup>47</sup>, al precisar (reducir) los distintos significados posibles de un término o disposición en particular o el alcance de un tratado en su conjunto (seccs. 1 y 2 a) *infra*), o confirmar una interpretación más amplia o cierto margen de discrecionalidad de las partes (seccs. 1 y 2 b) *infra*). La especificidad de una práctica ulterior es a menudo un factor importante para determinar su valor como medio de interpretación en un caso concreto, dependiendo del tratado en cuestión (secc. 3 *infra*).

### 1. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

21. Los tribunales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el “sentido corriente” de los términos del tratado<sup>48</sup>. 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 preliminar alcanzado mediante la interpretación textual inicial (o por otros medios de interpretación)<sup>49</sup>. Si las partes no desean reflejar el sentido corriente de un término, sino un sentido especial, como

<sup>46</sup> Comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 5 (A/68/10, cap. IV.C.2, párrs. 12 a 15).

<sup>47</sup> La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (“Se entiende por ‘declaración interpretativa’ una declaración unilateral [...] por la que [un Estado o una organización internacional] se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.”) (véase A/66/10/Add.1, cap. IV.F.2, directriz 1.2); véase también *ibid.*, comentario de la directriz 1.2, párr. 18.

<sup>48</sup> Comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 5 (A/68/10, cap. IV.C.2, párr. 14); *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

<sup>49</sup> 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 pág. 34, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

se prevé en el artículo 31 4), los acuerdos posteriores y la práctica posterior pueden contribuir a dilucidar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación, extraídos principalmente de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>50</sup>, ilustran el modo en que los acuerdos posteriores y la práctica posterior, como medios de interpretación, pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado a través de su interacción con otros medios en el proceso de interpretación.

**a) Sentido corriente de un término**

22. Los acuerdos posteriores y la práctica posterior pueden contribuir a determinar el “sentido corriente” de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles del término. Así ocurrió, por ejemplo<sup>51</sup>, en la opinión consultiva relativa a las *Armas nucleares*, en que la Corte Internacional de Justicia, en relación con los términos “veneno o armas envenenadas”, señaló lo siguiente:

En la práctica de los Estados, esos términos se han interpretado en su sentido corriente, es decir, referidos a armas cuyo efecto primordial, incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esta práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se referían a armas nucleares<sup>52</sup>.

23. Por otro lado, también hay casos en que la variación de la práctica posterior ha impedido precisar el sentido de un término general con arreglo a uno u otro de sus posibles significados<sup>53</sup>. Así, 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 no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión controvertida. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa<sup>54</sup>.

24. Por supuesto, es posible que distintos tipos de práctica contribuyan tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del

<sup>50</sup> El examen de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales conduce al mismo resultado y ofrece más ejemplos; véase “Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 210 a 306.

<sup>51</sup> Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 306, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

<sup>52</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párr. 55.

<sup>53</sup> *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 25.

<sup>54</sup> *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.

mismo tratado y en el mismo procedimiento judicial. Un ejemplo bien conocido es la interpretación que hizo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas* sobre los términos “gastos” (interpretación amplia) y “acción” (interpretación restringida) a la luz de la respectiva práctica ulterior de la Organización<sup>55</sup>.

**b) Términos en su contexto**

25. Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los “términos del tratado en el contexto de estos” (artículo 31 1)). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden, al interactuar con este medio concreto de interpretación, contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado<sup>56</sup>. En la opinión consultiva relativa a la *Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión “ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes” del artículo 28 a) de la Convención relativa a la Organización Marítima Internacional. Dado que este concepto de “países que posean las flotas mercantes más importantes” permitía distintas interpretaciones (según el “tonelaje registrado” o según la “titularidad de nacionales”), y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28 a), la Corte se basó en otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] lleva a la Corte a considerar improbable que, cuando se redactó e incluyó en la Convención este último artículo [artículo 28 a)], se contemplase la posibilidad de emplear un criterio distinto del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes<sup>57</sup>.

26. Más recientemente, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar se basó, de manera similar, en las “mejores prácticas ambientales” previstas en el Reglamento sobre los Sulfuros para interpretar el Reglamento sobre los Nódulos, aprobado con anterioridad<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> *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. 158 a 161 (“gastos”) y págs. 164 y 165 (“acción”).

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva de 8 de junio de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169; véanse también págs. 167 a 169; *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, págs. 59 y ss., en especial pág. 99, párr. 141.

<sup>58</sup> *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, opinión consultiva, *ITLOS Reports 2011*, párrs. 136 y 137; véase también Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pág. 66 (véase la nota 16 *supra*).

c) **Objeto y fin**

27. Junto con el texto y el contexto, el artículo 31 1) concede importancia al “objeto y fin” de un tratado a los efectos de su interpretación, pero no una importancia decisiva<sup>59</sup>. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin del propio tratado<sup>60</sup>, o conciliar la invocación del “objeto y fin” de un tratado con otros medios de interpretación.

28. En las causas relativas a la *Delimitación marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*<sup>61</sup> y a las *Plataformas petrolíferas*<sup>62</sup>, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. 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 facultades 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<sup>63</sup>.

29. Cuando el “objeto y fin” de un tratado parezca estar en contradicción con los objetivos específicos de algunas de sus disposiciones, la práctica ulterior puede ayudar a resolver posibles conflictos<sup>64</sup>. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte 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”<sup>65</sup> y, por

<sup>59</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 190 y 198 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>60</sup> *Ibid.*, págs. 191 a 194; véase también *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 pág. 31, 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 *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarczyk (ed.) (La Haya, Kluwer, 1996), pág. 180; Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, págs. 52 a 54 (véase la nota 10 *supra*); Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, pág. 21 (véase la nota 45 *supra*).

<sup>61</sup> *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 51, párr. 27.

<sup>62</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párrs. 27 y 30.

<sup>63</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 306, párr. 67.

<sup>64</sup> Véase Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón – AB-1998-4*, informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998 (documento WT/DS58/AB/R), párr. 17 (“la mayoría de los tratados no tienen un objeto y fin único y específico, sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios”); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 195 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>65</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1074, párr. 45.

tanto, resolvió la posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior como medio subsidiario de interpretación (en virtud del artículo 32).

## 2. Práctica de los Estados

30. La práctica de los Estados fuera del contexto judicial o cuasijudicial confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado reduciendo la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados.

### a) Reducción de la variedad de interpretaciones posibles

31. Si bien los términos del artículo 5 del Convenio de Chicago de 1944 no parecen 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 permiso<sup>66</sup>.

32. El término “precauciones factibles” del artículo 57 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo I) de 1977 ha quedado delimitado en el artículo 3 4) del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II) de 10 de octubre de 1980, según el cual “se 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”. Esta especificación se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de “factibilidad” a los efectos del artículo 57 del Protocolo I de 1977<sup>67</sup>.

33. Por último, el artículo 22 3) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece que los medios de transporte de una misión no podrán ser objeto de ningún registro, requisita, embargo o medida de ejecución. Si bien ciertas medidas aplicadas por la policía suelen suscitar protestas de los Estados<sup>68</sup>, el

<sup>66</sup> S. D. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pág. 215.

<sup>67</sup> Por lo que respecta a los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164 (véase la nota 41 *supra*), y véase la información actualizada en línea para el manual militar de Australia (2006) ([www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule15\\_sectionc](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)); véase también Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, Comité Internacional de la Cruz Roja y Martinus Nijhoff, 1987), pág. 683, párr. 2202.

<sup>68</sup> E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994), pág. 208, párr. 315; véase también la protesta de las autoridades británicas después de que un agregado de aviación británico y el agregado de las fuerzas armadas canadienses fueran sacados de un vehículo perteneciente a la embajada británica (véase G. Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, *British Yearbook of International Law*, vol. 52, núm. 1 (1981), pág. 434).

remolque de vehículos diplomáticos se ha considerado permisible en la práctica<sup>69</sup>. Esta práctica sugiere que, si bien las medidas punitivas contra los vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser detenidos o remolcados si queda demostrado que son un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad pública<sup>70</sup>. Así, el sentido del término “medida de ejecución” y, por tanto, el alcance de la protección otorgada a los medios de transporte ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

34. Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a precisar el sentido de un término al reducir los posibles significados de los derechos y obligaciones previstos en un tratado.

**b) Ampliación de la variedad de interpretaciones posibles o apoyo a cierto margen de discrecionalidad**

35. Dichos acuerdos o prácticas pueden, no obstante, poner de manifiesto también una amplia variedad de interpretaciones aceptables o cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados<sup>71</sup>.

El artículo 12 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo II) de 1977 establece lo siguiente:

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.

<sup>69</sup> Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* ([www.dfat.gov.au/protocol/Protocol\\_Guidelines/A21.pdf](http://www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf)); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook*, pág. 14 ([www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic\\_Handbook.PDF](http://www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.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 cc3-4); Estados Unidos, véase *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, págs. 312 y 313.

<sup>70</sup> Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pág. 160 (véase la nota 68 *supra*); M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2ª ed. (Nomos, 2010), pág. 70.

<sup>71</sup> Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos; véase Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 30, 31 y 111 (véase la nota 10 *supra*), 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] AC 477, págs. 515 a 517 (Lord Steyn): “Es necesario determinar el significado autónomo de la disposición pertinente 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”.

36. Aunque el término “será ostentado” sugiere que es obligatorio para los Estados usar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios, la práctica ulterior sugiere que los Estados poseen cierta discrecionalidad al respecto<sup>72</sup>. Dado que en los últimos años convoyes sanitarios perfectamente reconocibles por ostentar el emblema protector han sido atacados por grupos armados, en ciertas situaciones los Estados se han abstenido de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una pregunta 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 mediante un signo distintivo, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales han decidido, junto con Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el marco de la ISAF<sup>73</sup>.

37. Esa práctica de los Estados confirma la interpretación según la cual el artículo 12 no contiene una obligación de usar el emblema protector en todas las circunstancias<sup>74</sup> y, por tanto, indica que hay un margen de discrecionalidad para las partes.

38. Una disposición de un tratado que reconozca a los Estados cierto margen de discrecionalidad puede suscitar la cuestión de si ese margen está limitado por el objetivo de la disposición. 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 habitualmente realizan esas comunicaciones en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que los miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o han cometido otras infracciones graves del derecho del Estado receptor, o han causado considerable irritación política<sup>75</sup>. Sin embargo, muchos Estados también formulan esas declaraciones en circunstancias más triviales, por ejemplo para aplicar su política sobre conducción de vehículos con facultades disminuidas<sup>76</sup> o cuando los enviados han causado daños graves a un

<sup>72</sup> Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, pág. 1440, párrs. 4742 a 4744 (véase la nota 67 *supra*); H. Spieker, “Medical transportation”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), párrs. 7 a 12.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Spieker, “Medical transportation”, párr. 12.

<sup>75</sup> Véase Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, págs. 77 a 88 (véase la nota 68 *supra*), con más referencias a declaraciones en relación con actividades de espionaje; véase también Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, pág. 484, párr. 630 (véase la nota 68 *supra*); y Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, pág. 30 (véase la nota 70 *supra*).

<sup>76</sup> Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, *Revised Impaired Driving Policy* (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d); Estados Unidos, Departamento de Estado, *Diplomatic Note*

tercero<sup>77</sup> o cometido infracciones graves o repetidas de la ley<sup>78</sup>. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras, solo por motivos políticos. Los demás Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *personae non gratae* a los miembros de una misión por motivos no relacionados con consideraciones políticas o de naturaleza más grave. Así pues, dicha práctica sugiere que el artículo 9 ofrece un margen de discrecionalidad muy amplio<sup>79</sup>.

### 3. Especificidad de la práctica

39. El valor interpretativo de la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación en un caso concreto depende a menudo de su especificidad respecto del tratado en cuestión<sup>80</sup>. Así queda confirmado, por ejemplo, en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, los laudos arbitrales y los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>81</sup>. El laudo del tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el caso *Plama c. Bulgaria* es esclarecedor a este respecto:

Es cierto que los tratados entre una de las partes contratantes y Estados terceros pueden tenerse en cuenta para aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que se pasó a ser parte en él. La demandante ha hecho una exposición muy clara y reveladora sobre la práctica de Bulgaria en materia de

10-181 of the Department of State, 24 de septiembre de 2010, (www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), págs. 8 y 9

<sup>77</sup> Países Bajos, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts* (www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html).

<sup>78</sup> 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/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, Circular Principal, 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*, reproducido en G. Marston, “United Kingdom materials on international law 1985”, *British Yearbook of International Law*, vol. 56, núm. 1 (1985), pág. 437.

<sup>79</sup> Véase G. Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

<sup>80</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 91 (véase la nota 66 *supra*).

<sup>81</sup> Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, parte IV, págs. 231 y ss., 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, 1 de octubre de 2008; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005, párr. 625.

celebración de tratados de inversiones después de la celebración del tratado bilateral de inversiones entre Bulgaria y Chipre en 1987. En la década de 1990, tras la caída del régimen comunista, Bulgaria empezó a celebrar tratados bilaterales de inversiones con disposiciones sobre solución de controversias mucho más flexibles, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el presente caso, dado que las negociaciones ulteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas partes contratantes no tenían la intención de que la disposición sobre la nación más favorecida tuviera el sentido que, de lo contrario, se podría haber deducido de la práctica ulterior de Bulgaria en materia de tratados. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su tratado bilateral de inversiones en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban específicamente una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...]. De esas negociaciones cabe deducir que las propias partes contratantes en el tratado bilateral de inversiones no consideraban que la disposición sobre la nación más favorecida se aplicara a las disposiciones sobre solución de controversias de otros tratados bilaterales de inversiones<sup>82</sup>.

40. Si bien la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales tienden a dar más valor interpretativo a la práctica ulterior relativamente específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limita por lo general a realizar evaluaciones comparativas amplias y en ocasiones aproximadas de la legislación interna o de las posiciones internacionales adoptadas por los Estados<sup>83</sup>. En este contexto, debe tenerse presente que por lo general los derechos que se reflejan en los tratados de derechos humanos no están concebidos para ser interpretados y aplicados con autoridad por los órganos del Estado, sino que estos deben más bien incorporar correctamente (dentro del margen de apreciación previsto) las obligaciones convencionales a la legislación, la práctica ejecutiva y los arreglos internacionales de su respectivo Estado. Por este motivo, la existencia de puntos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de un número importante de Estados miembros puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de restringirlo. Además, en ocasiones la naturaleza de ciertos derechos aboga por que se tengan en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en la causa *Rantsev c. Chipre* el Tribunal Europeo sostuvo lo siguiente:

De las disposiciones de estos 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

<sup>82</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (tratado bilateral de inversiones entre Chipre y Bulgaria) (decisión sobre la competencia), caso CIADI núm. ARB/03/24 (ECT) (8 de febrero de 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1990, demanda núm. 10843/84, ECHR Series A, núm. 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 de abril de 1978, demanda núm. 5856/72, ECHR Series A, núm. 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, 26 de octubre de 1988, demanda núm. 10581/83, ECHR Series A, núm. 142, párr. 46. Este proceder ha sido criticado por varios autores: véase, por ejemplo, P. G. Carozza, “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5 (1998), págs. 1223 y 1224; L. R. Helfer, “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pág. 140.

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 [(prohibición del trabajo forzado)] debe considerarse en ese contexto más amplio<sup>84</sup>.

41. Asimismo, en la causa *Chapman c. 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”<sup>85</sup>, pero en última instancia afirmó no estar convencido “de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados contratantes consideran deseables en una situación determinada”<sup>86</sup>.

En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

#### **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 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.**

#### **IV. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b)**

42. La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior contemplada en el artículo 31 3) b) comprende todo “comportamiento” observado en la aplicación de un tratado que puede contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado<sup>87</sup>. Según el tratado en cuestión, esa práctica no solo incluye el comportamiento orientado hacia el exterior, como las votaciones, las declaraciones y los actos oficiales a nivel internacional, sino también los actos legislativos, ejecutivos y judiciales internos y las prácticas de entidades no estatales que estén

<sup>84</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 de enero de 2010, demanda núm. 25965/04, ECHR 2010, párrs. 273, 274 y 285.

<sup>85</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], 18 de enero de 2001, demanda núm. 27238/95, ECHR 2001-I, párr. 93.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párr. 94.

<sup>87</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párrs. 16 a 19 (A/68/10, cap. IV, secc. C.2).

comprendidas en las formas de aplicación del tratado previstas en él<sup>88</sup>. No es preciso que el comportamiento individual que puede contribuir a la práctica ulterior a que hace referencia el artículo 31 3) b) satisfaga criterios formales específicos<sup>89</sup>. Queda por responder, no obstante, a la cuestión de si es preciso que la práctica ulterior colectiva por la cual conste el acuerdo de las partes con arreglo al artículo 31 3) b) revista alguna forma específica.

### 1. Formas que podría revestir la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b)

43. No cabe duda de que una práctica ulterior seguida por todas las partes puede reflejar su acuerdo en cuanto a la interpretación de un tratado. Esa práctica no necesariamente debe consistir en un comportamiento conjunto<sup>90</sup>. Un mero comportamiento paralelo puede ser suficiente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando dos Estados otorgan concesiones petroleras por separado de forma que pueda deducirse que, al hacerlo, reconocen tácitamente una determinada frontera en una zona marítima. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que las concesiones petroleras “pueden [...] tomarse en cuenta” si “se basan en un acuerdo expreso o tácito entre las partes”<sup>91</sup>. Cuestión distinta es si una actividad paralela de este tipo constituye verdaderamente un acuerdo común suficiente acerca de la interpretación de un tratado en un caso concreto (véase el cap. V *infra*)<sup>92</sup>.

### 2. Densidad y uniformidad de la práctica ulterior

44. La Comisión señaló que “si el concepto de práctica ulterior [...] se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de ‘práctica ulterior’ [...] en virtud del artículo 32”<sup>93</sup>. Esa afirmación, sin embargo, no da respuesta a la cuestión de si la “práctica ulterior”

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, el proyecto de conclusión 5 (A/68/10, cap. IV, seccs. C.1 y C.2); *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 27 de enero de 2014, págs. 39 a 42, párrs. 103 a 111, págs. 45 y 46, párrs. 119 a 122, y pág. 47, párr. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 228 a 230 (véase la nota 10 *supra*); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, págs. 555 y 556, párr. 78 (véase la nota 11 *supra*); Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, págs. 54, 56, 59 y 60 (véase la nota 16 *supra*).

<sup>89</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 226 y 227; Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pág. 53.

<sup>90</sup> *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 (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren).

<sup>91</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 447, párr. 304.

<sup>92</sup> *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; pero véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 84, párr. 117, en el que la Corte reconoció las concesiones otorgadas por las partes litigantes como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 27 de enero de 2014.

<sup>93</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 35 (A/68/10, cap. IV.C.2).

mencionada en el artículo 31 3) b)<sup>94</sup> requiere que el tratado se aplique más de una vez para que pueda considerarse fuente de acuerdo entre las partes acerca de su interpretación. El Órgano de Apelación de la OMC ha establecido un criterio bastante exigente en este sentido en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, al afirmar que:

[L]a práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie “concordante, común y coherente” de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación<sup>95</sup>.

45. De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31 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 tal que justifique concluir que existe entre las partes un acuerdo establecido y confirmado reiteradamente respecto a la interpretación del tratado. Se trata de un umbral bastante elevado que supondría que la práctica ulterior del artículo 31 3) b) no hace referencia simplemente a una práctica ulterior que permita determinar que se está en presencia de cualquier acuerdo, sino que exige más bien 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.

46. La Corte Internacional de Justicia, por su parte, no ha formulado una definición tan abstracta de la práctica ulterior como actividad colectiva en virtud del artículo 31 3) b), sino que ha aplicado esta disposición con flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa emblemática relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, en el que la Corte confirmó su jurisprudencia en la materia<sup>96</sup>. Otros tribunales internacionales han seguido también, en la mayoría de los casos, el criterio flexible de la Corte Internacional de Justicia respecto al umbral de aplicación del artículo 31 3) b). Tal es el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos<sup>97</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>98</sup>, en tanto que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar<sup>99</sup> y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>100</sup> al menos no han adoptado el

<sup>94</sup> Proyecto de conclusión 4, párr. 2 (A/68/10, cap. IV.C.1).

<sup>95</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R y WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, secc. E, págs. 15 y 16.

<sup>96</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *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.

<sup>97</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvenición), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

<sup>98</sup> *Soering*, párr. 103 (véase la nota 29 *supra*); *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), 23 de marzo de 1995, demanda núm. 15318/89, ECHR Series A, núm. 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Bankovic*, párrs. 56 y 62 (véase la nota 31 *supra*).

<sup>99</sup> *The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, fallo, *ITLOS Reports 1999*, pág. 262, en especial párrs. 155 y 156.

<sup>100</sup> *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd y otros*, sentencia, 5 de julio de 1994, asunto C-432/92, Rec. 1994, pág. I-3087, párrs. 43, 46 y 50 a 54; *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, sentencia, 30 de noviembre de 1977, asunto C-52/77, Rec. pág. 2261, párr. 18.

criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. Los tribunales arbitrales del CIADI han pronunciado laudos divergentes<sup>101</sup>.

47. Al efectuar un análisis más detenido, se observa que la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC y en diversos laudos del CIADI, por un lado, y el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, por el otro, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula “concordante, común y coherente” de un texto de Sir Ian Sinclair<sup>102</sup>, quien, a su vez, se basó en una fórmula similar en francés de Mustafa Kamil Yasseen, exmiembro de la Comisión<sup>103</sup>. Sinclair, sin embargo, no sostuvo categóricamente que, para satisfacer los requisitos del artículo 31 3) b), la práctica ulterior debía ser “concordante, común y coherente”, sino que afirmó que “el *valor* [sin cursiva en el original] de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente”<sup>104</sup>. Esto parece indicar que la fórmula “concordante, común y coherente” no se utilizó originalmente para establecer un umbral formal para aplicar el artículo 31 3) b), sino más bien como orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior mencionada en ese artículo tendría mayor o menor valor como medio de interpretación en el proceso de interpretación<sup>105</sup>. El propio Órgano

<sup>101</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina* (Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) (procedimiento de anulación), decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo, caso CIADI núm. ARB/01/3, 7 de octubre de 2008, pág. 38, párr. 70 (disponible en [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0297.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0297.pdf)); *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y Sri Lanka), laudo y voto particular concurrente, caso CIADI núm. ARB/00/2, 15 de marzo de 2002, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, núm. 1 (2002), págs. 142 y ss., en especial pág. 151, párr. 33; *National Grid plc c. República Argentina* (tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina), decisión sobre competencia (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 20 de junio de 2006, págs. 28 y 29, párrs. 84 y 85 (disponible en [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0554.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0554.pdf)); O. K. Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2 (2008), pág. 345; véase también A. Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, págs. 207 a 215.

<sup>102</sup> I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), pág. 137.

<sup>103</sup> Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, págs. 48 y 49 (véase la nota 10 *supra*); 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 de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 67.V.2), págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y pág. 243, párr. 15.

<sup>104</sup> I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 137; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial pág. 118, párr. 114.

<sup>105</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, págs. 53 y ss., en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot, “La conduite subséquente des parties a un traité”, *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, págs. 644 a 647 (“valeur probatoire”); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pág. 46 (véase la nota 10

de Apelación de la OMC ha recurrido, en una situación análoga, precisamente a esta perspectiva matizada al afirmar lo siguiente:

La finalidad de la interpretación de los tratados es determinar la intención *común* [en cursiva en el original] de las partes en el tratado. 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<sup>106</sup>.

48. Se sugiere así que la fórmula “concordante, común y coherente” no establece un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31 3) b); más bien, en la medida en que la práctica ulterior sea “concordante, común y coherente” podrá observarse un “modelo discernible” del que inferir la existencia de un acuerdo entre las partes que deba entonces “ser tenid[o] en cuenta a efectos de la interpretación del tratado”<sup>107</sup>. Por consiguiente, la Comisión ha llegado a la conclusión de que “el 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”<sup>108</sup>. Que el Órgano de Apelación de la OMC haya formulado en ocasiones una definición más exigente podría deberse al carácter específico de los acuerdos de la OMC y a su funcionamiento, en lugar de a una postura sopesada en cuanto a los requisitos previstos en el artículo 31 3) b) aplicables a otros tratados.

En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

#### **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.**

*supra*); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 556, párr. 79 (véase la nota 11 *supra*); véanse también los alegatos 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) (disponible en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf)), y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth) (disponible en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf)).

<sup>106</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 93.

<sup>107</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 67.V.2), pág. 243, párr. 14; confirmado en *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1076, párr. 49; véase también B. Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 218 y 239 a 241 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>108</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 67.V.2), pág. 243, párr. 15; Cot, “La conduite subséquente des parties à un traité”, pág. 652.

## V. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

49. El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31 3) a) y b), y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32<sup>109</sup>, es el “acuerdo” de las partes acerca de la interpretación del tratado en cuestión. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31 3)<sup>110</sup> su valor y función específicos en el proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31<sup>111</sup>.

### 1. Existencia y alcance del acuerdo

50. 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 divergente<sup>112</sup>.

51. No obstante, la falta de acuerdo se circunscribe a la desavenencia en sí y mientras esta exista. El alcance y formación de todo acuerdo debe dilucidarse con detenimiento (véase el cap. II *supra*)<sup>113</sup>. Que los Estados difieran en la forma en que aplican los tratados no permite, en sí, arribar a ninguna conclusión respecto al valor jurídico de esa divergencia. Dicha diferencia puede reflejar discrepancias respecto a la única interpretación correcta, pero también una coincidencia de pareceres en el

<sup>109</sup> Véanse los proyectos de conclusión 2 y 4, párr. 3 (A/68/10, cap. IV.C.1).

<sup>110</sup> Véase J. Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 30: “No hay motivo alguno para pensar que la palabra ‘acuerdo’ en el párrafo b) tiene un significado diferente del recogido en el párrafo a)”.

<sup>111</sup> Véase el comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15 (A/68/10, cap. IV.C.2); el artículo 31 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 de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.67.V.2), pág. 241, párrs. 8 y 9.

<sup>112</sup> *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, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, parte III, págs. 67 y ss., en especial págs. 103 y 104, párr. 31; véase también OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, decisión de 14 de febrero de 1985, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, parte IV, págs. 149 y ss., en especial pág. 175, párr. 66; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd y otros*, Rec. 1994, pág. I-3087, párrs. 50 y 51.

<sup>113</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 27 de enero de 2014, en especial pág. 36, párr. 99.

sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación<sup>114</sup>. Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, tienen presuntamente por objeto lograr una interpretación uniforme, en la medida en que establecen obligaciones mínimas y limitan el margen de discrecionalidad de los Estados.

52. Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que se está en presencia de un acuerdo<sup>115</sup>, en ocasiones los tribunales internacionales han reconocido la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación en virtud del artículo 31 3) pese a observar ciertos indicios en sentido contrario. Por lo tanto, 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. En el caso relativo al *Canal de Beagle*, por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que el hecho de que las partes hubieran celebrado negociaciones y manifestado posteriormente diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado no necesariamente 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, en la medida en que esos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. Esto es lo máximo que podría ocurrir<sup>116</sup>.

En el mismo caso, el tribunal arbitral 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 tratado<sup>117</sup>.

53. Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en la causa *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

<sup>114</sup> Véase el cap. III *supra*.

<sup>115</sup> *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, parte IV, págs. 231 y ss., en especial pág. 258, párr. 70; R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, pág. 16.

<sup>116</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, págs. 57 y ss., en especial pág. 188, párr. 171.

<sup>117</sup> *Ibid.*

acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes según el cual los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas”<sup>118</sup>. El Tribunal 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 particular<sup>119</sup>. Esta decisión es digna de mención debido a que el Tribunal, contrariamente a su habitual razonamiento, invocó y aplicó expresamente el artículo 31 3) b)<sup>120</sup>. La decisión parece indicar que existe cierto margen de apreciación al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes en cuanto a una interpretación en particular<sup>121</sup>.

## 2. El “acuerdo” a que se hace referencia en el artículo 31 3) puede ser informal

54. El término “acuerdo” en la Convención de Viena<sup>122</sup>, y su uso en el derecho internacional consuetudinario de los tratados, no implica un grado de formalidad determinado<sup>123</sup>. En efecto, la Convención de Viena no prevé ningún requisito de forma para los “acuerdos” en virtud del artículo 31 3) a) y b)<sup>124</sup>. No obstante, la Comisión, a fin de distinguir entre un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) y una práctica ulterior por la cual “conste el acuerdo de las partes” con arreglo al artículo 31 3) b), ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un “acto común único”<sup>125</sup>. Más allá de este grado mínimo de formalidad para el medio de interpretación mencionado específicamente en el artículo 31 3) a), basta con que se pueda determinar que se está en presencia de un acuerdo de las partes. No es preciso

<sup>118</sup> *Loizidou*, párrs. 79 y 81 (véase la nota 98 *supra*).

<sup>119</sup> *Ibid.*, párrs. 80 y 82.

<sup>120</sup> La causa no se refería a la interpretación de un derecho humano en particular, sino más bien a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto a cumplir el Convenio.

<sup>121</sup> 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 OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (“reducción a cero”)*, WT/DS294/R, 31 de octubre de 2005, párr. 7.218: “[...] aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [una 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 [...]”.

<sup>122</sup> Véanse los artículos 2 1) a), 3, 24 2), 39 a 41, 58 y 60.

<sup>123</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (A/68/10, cap. IV.C.2); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pág. 45 (véase la nota 10 *supra*); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pág. 47 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>124</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (A/68/10, cap. IV.C.2); Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 208, 209 y 216 a 220 (véase la nota 10 *supra*); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213 (véase la nota 66 *supra*); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 554, párr. 75 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>125</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (A/68/10, cap. IV.C.2); un “acto común único” también puede 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 *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years On*, M. Fitzmaurice, Elias y P. Merkouris (eds.) (Martinus Nijhoff, 2010), pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 220 y 221.

que dicho acuerdo se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>126</sup>.

### 3. Conocimiento por las partes de su acuerdo

55. Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31 3), no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado; las partes deben también saber que comparten la misma postura. 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 3) b) era necesario “que las autoridades [...] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el tratado”<sup>127</sup>. En efecto, solo el conocimiento 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 3) como un medio “auténtico” de interpretación<sup>128</sup>. No obstante, es posible que el conocimiento de la postura de la otra parte o las otras partes se presuma, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional sin un mecanismo común de supervisión.

### 4. El acuerdo mencionado en el artículo 31 3) no necesariamente debe ser jurídicamente vinculante en sí mismo

56. Un “acuerdo” en virtud del artículo 31 3) a) no necesariamente debe ser vinculante<sup>129</sup>. Se aplica igual criterio, *a fortiori*, a la práctica ulterior a que hace referencia el artículo 31 3) b). Así lo confirma la Comisión en sus artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión “toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el *acuerdo* [(*understanding*)] [sin cursiva en el original] de las partes”<sup>130</sup>. La Conferencia de Viena sustituyó “understanding” (acuerdo) por “agreement” (acuerdo) en la versión inglesa no por motivos sustantivos, sino únicamente de redacción, a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su “común” acuerdo<sup>131</sup>. El término “understanding” parece

<sup>126</sup> A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4 (1986), págs.789 y 790.

<sup>127</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1094, párr. 74 (“ocupación de la Isla por la tribu masubia”), y pág. 1077, párr. 55 (“informe Eason”, el cual “al parecer nunca fue remitido a Alemania”); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 560, párr. 88 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>128</sup> En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazourne, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, págs. 53 a 55 (véase la nota 16 *supra*).

<sup>129</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6 (A/68/10, cap. IV.C.2); esto significa que un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) no surte necesariamente el mismo efecto jurídico que el tratado al que corresponde; en *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1091, párr. 68, la Corte dio a entender que una de las partes no consideraba que ciertos tipos de cooperación práctica fueran jurídicamente pertinentes en relación con la cuestión de la frontera en disputa y, por lo tanto, no aceptó la postura opuesta de la parte contraria.

<sup>130</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.67.V.2), pág. 243, párr. 15.

<sup>131</sup> *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales* pág. 186, en especial párr. 60 (véase la nota 12 *supra*); P. Gautier, “Les accords informels et la

indicar que el uso de la palabra “agreement” en el artículo 31 3)<sup>132</sup> no exige que las partes asuman o creen una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este<sup>133</sup>. Basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31 3), atribuyan un determinado sentido al tratado<sup>134</sup> o, en otras palabras, adopten un cierto “acuerdo” (“understanding”) al respecto<sup>135</sup>. Aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) a) y b) pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación de conformidad con el artículo 31<sup>136</sup>.

57. Esta interpretación del término “acuerdo” en el artículo 31 3) ha sido confirmada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que no han exigido que el “acuerdo” a que alude el artículo 31 3) refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes (han hablado, por ejemplo, de “un modelo [...] que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación”<sup>137</sup>, una “[pauta común que implique] un acuerdo sobre la interpretación de la disposición respectiva”<sup>138</sup>, una “práctica [que] refleje un

---

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet (ed.) (Bruylant, 2007).

<sup>132</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pág. 30 (véase la nota 110 *supra*): “No hay motivo alguno para pensar que la palabra ‘acuerdo’ en el párrafo b) tiene un significado diferente del recogido en el párrafo a)”; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 169 a 171 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>133</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, págs. 53 y ss., en especial pág. 187, párr. 169; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, ILR vol. 59 (1980), págs. 541 y 542, párr. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 190 a 195 (véase la nota 11 *supra*); Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, págs. 25 y 26 (véase la nota 115 *supra*); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 169 a 171 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>134</sup> Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2. (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (véase A/66/10/Add.1, pág. 71, párrs. 18 y 19).

<sup>135</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.67.V.2), págs. 243 y 244, párrs. 15 y 16 (utiliza el término “understanding” en relación con el texto precursor tanto del artículo 31 3) a) como del artículo 31 3) b)).

<sup>136</sup> *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, págs. 3 y ss., en especial pág. 131, párr. 6.7; Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, págs. 787 y 807 (véase la nota 126 *supra*); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 173 (véase la nota 11 *supra*); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment” (véase la nota 79 *supra*); Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, pág. 434 (véase la nota 131 *supra*).

<sup>137</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, secc. E, pág. 16.

<sup>138</sup> OMC, informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Tratado arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, 16 de agosto de 2010, párr. 7.558.

acuerdo en cuanto a la interpretación”<sup>139</sup> o que “la práctica seguida por los Estados muestre una falta de aprensión por parte de los Estados contratantes”<sup>140</sup>. 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”<sup>141</sup>. De hecho, si las partes concluyen un acuerdo jurídicamente vinculante acerca de la interpretación de un tratado, se plantea entonces la cuestión de si se pretende que dicho acuerdo sea un medio de interpretación más entre otros tantos<sup>142</sup> o si primaría sobre el tratado, al igual que los acuerdos por los cuales se enmienda un tratado previstos en el artículo 39 (véase el cap. VII. 3. b) *infra*).

##### 5. El silencio como posible elemento de un acuerdo en virtud del artículo 31 3)

58. Si bien es posible que un “acuerdo” en virtud del artículo 31 3) no sea formal ni necesariamente vinculante, debe ser posible determinar que se está en presencia de dicho acuerdo para considerar que “consta”. Aunque este requisito solo se menciona expresamente en relación con la práctica ulterior del artículo 31 3) b), es también una condición tácita en el caso de un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a) que debe reflejarse en un “acto común único”<sup>143</sup>. Por lo tanto, no puede inferirse la existencia de un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a) a partir del mero silencio de las partes.

59. Por otro lado, la Comisión ha reconocido que un “acuerdo” que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31 3) b) puede ser producto, en parte, del silencio o la omisión. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión “el acuerdo [(understanding)] de las partes” en el proyecto de artículo 27 3) b) (que posteriormente pasó a ser “agreement” (acuerdo) en el artículo 31 3) b)), y no la expresión “el acuerdo 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 aceptado<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvencción), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial pág. 119, párr. 116.

<sup>140</sup> *Bankovic*, párr. 62 (véase la nota 31 *supra*).

<sup>141</sup> *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, págs. 2 y ss., en especial pág. 131, párr. 6.7; véase también el laudo pronunciado en el caso *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, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, parte II, págs. 35 y ss., en especial pág. 98, párr. 157.

<sup>142</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, págs. 31 a 33 (véase la nota 110 *supra*); véase, por ejemplo, *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV, págs. 2 y ss., en especial pág. 131, párr. 6.8.

<sup>143</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (A/68/10, cap. IV.C.2).

<sup>144</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.67.V.2), pág. 243, párr. 15.

60. La Comisión, pues, entendió que no era preciso que todas las partes hubieran seguido una práctica determinada, sino que dicha práctica, de ser “aceptada” por las partes que no la seguían, permitía considerar que existía un acuerdo suficiente acerca de la interpretación del tratado<sup>145</sup>. Las decisiones de los tribunales internacionales dictadas antes y después de la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados confirman que dicha aceptación puede derivarse del silencio o la omisión.

**a) Jurisprudencia de los tribunales internacionales**

61. En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la omisión, 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”<sup>146</sup>.

62. La práctica en cuestión en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* no solo podía haber supuesto una simple interpretación de un tratado, sino quizá incluso la modificación de un tratado de fronteras. Sin embargo, independientemente de si la práctica ulterior de las partes puede modificar un tratado (véase el cap. VII *infra*), el planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores<sup>147</sup> y por la doctrina<sup>148</sup> en

<sup>145</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 259.

<sup>146</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (fondo), fallo de 15 de junio, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en especial pág. 23.

<sup>147</sup> Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., 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*, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, ICTY-95-17/1, párr. 179; Rantsev, párr. 285 (véase la nota 84 *supra*); con prudencia: OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo núm. 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Iran-USCTR (1983), vol. 2, págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 de mayo de 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, parte III, pág. 67; ILR vol. 59 (1980), pág. 541, párr. 31.

<sup>148</sup> M. Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), págs. 134 a 141; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pág. 49 (véase la nota 10 *supra*); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 236 (véase la nota 10 *supra*); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 431, párr. 22; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, págs. 557 y 559, párrs. 83 y 86 (véase la nota 11 *supra*).

general. Las “circunstancias” que “exigen una reacción” incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado<sup>149</sup>.

63. El tribunal arbitral en el caso del *Canal de Beagle*<sup>150</sup> abordó la cuestión de la posible importancia del silencio para inferir la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación. En este caso, el tribunal examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el tribunal afirmó que:

Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un acuerdo. En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción<sup>151</sup>.

64. 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 Nigeria<sup>152</sup>.

65. Este fallo parece indicar que, en los casos relativos a tratados que establezcan una frontera delimitada, las circunstancias exigen una reacción solo en casos muy excepcionales. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio no constituye aceptación de una práctica<sup>153</sup>. Por ello, se ha planteado la

<sup>149</sup> 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 en droit international”, pág. 136.

<sup>150</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, pág. 53.

<sup>151</sup> *Ibid.*, en especial pág. 187, párr. 169 a).

<sup>152</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 352, párr. 67.

<sup>153</sup> *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*”; *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63: “Debe, no obstante, indicarse de inmediato, en términos generales, cuál es la relación jurídica que existe entre dichos actos y

pregunta de si fue acertada la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* según la cual las circunstancias específicas del caso exigían una reacción por parte de Tailandia<sup>154</sup>. No obstante, este aspecto no pone en entredicho el criterio general enunciado por la Corte respecto al valor del silencio.

#### b) Consideraciones generales

66. Si bien la correcta aplicación del criterio jurídico general relativo al valor del silencio a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, pueden inferirse algunos criterios generales de las decisiones de los tribunales internacionales. Estas decisiones demuestran que no es fácil que una aceptación mediante silencio u omisión se traduzca en un acuerdo común, incluso fuera del ámbito de los tratados de fronteras.

67. La práctica ulterior de una de las partes que no es conocida por la otra parte no puede ser fuente de un acuerdo común derivado del silencio de esa otra parte (véase la secc. 3 *supra*). No obstante, se plantea la cuestión de en qué circunstancias cabe esperar que otro Estado tome nota y reaccione ante un comportamiento que no le ha sido comunicado, pero del que podría tener conocimiento de alguna manera, en particular por ser de dominio público. Los procesos y documentos parlamentarios

---

los títulos en que se funda la aplicación del principio *uti possidetis*. Con este fin, se debe hacer una distinción: [...] Cuando el acto no se ajusta a derecho, cuando el territorio en disputa esté efectivamente administrado por un Estado distinto del que posee el título jurídico, se debe dar preferencia al poseedor del título. Cuando el ejercicio efectivo no coexista con ningún título jurídico, se debe tener siempre en cuenta dicho ejercicio. Por último, en algunos casos el título jurídico no permite mostrar exactamente la extensión territorial a la que se refiere. En este caso, el ejercicio efectivo puede desempeñar una función fundamental a fin de demostrar cómo se interpreta el título en la práctica”; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, parte II (opinión disidente del Magistrado Bedjaoui), págs. 119 y ss., en especial pág. 181, párr. 70: “Sin embargo, no puedo coincidir con el voto particular concurrente del Magistrado Ago en la causa relativa a la plataforma continental entre Túnez y Libia de 1982, que consideró que la reglamentación adoptada el 16 de abril de 1919 por el Gobierno de Italia en Tripolitania y Cirenaica había delimitado la frontera marítima entre Túnez y Libia por el mero hecho de que Túnez no la había objetado. Cuando la cuestión se refiere a una frontera, sea esta marítima o terrestre, reconocida oficialmente como tal, los requisitos deben ser necesariamente más estrictos debido a la importancia política de la operación. En todo caso, el establecimiento de una frontera debe ser el resultado de un acuerdo y no debe basarse en el frágil elemento de la falta de oposición de una de las partes”.

<sup>154</sup> Véase *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, opinión disidente del Magistrado Spender, págs. 101 y ss., en especial pág. 128 (véase la nota 90 *supra*): “Al determinar qué puede o debe deducirse del silencio y la ausencia de protesta de Tailandia, considero que se ha de tener en cuenta el período en el que ocurrieron los hechos en cuestión, la región del mundo en que se produjeron, las condiciones generales que imperaban en Asia en ese período, las actividades políticas y de otro tipo de los países occidentales en Asia en ese momento y el hecho de que uno de los Estados interesados era asiático y el otro, europeo. Creo que no sería justo aplicar al comportamiento de Siam en ese período unos criterios objetivos comparables con los que se podrían aplicar hoy o se podrían haber aplicado razonablemente en ese entonces a los Estados europeos muy desarrollados”; véase también P. C. W. Chan, “Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear revisited*”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, 2004, pág. 439; G. M. Kelly, “The Temple Case in historical perspective”, *British Yearbook of International Law*, vol. 39 (1963), pág. 471.

internos, por ejemplo, suelen ser de dominio público aunque en su mayor parte no se comuniquen a las otras partes en el tratado. Los tribunales internacionales se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias judiciales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31 3) b) ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático<sup>155</sup>.

68. Aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, exprese cierta postura 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 controversia<sup>156</sup>. 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:

[E]n determinadas situaciones específicas, la “falta de reacción” o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella<sup>157</sup>.

69. Este criterio, que hace hincapié en la “notificación o [en] haber participado en un foro”, es de utilidad como regla general. Sin embargo, las condiciones que determinan el valor del silencio pueden diferir según el tratado<sup>158</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, suele basarse en la práctica ulterior para determinar si existe “consenso”, una “vasta mayoría”, una “gran mayoría”, “normas de reconocimiento general” o una “tendencia clara”<sup>159</sup>, sin pretender aplicar a esa práctica la condición relativa al acuerdo prevista en el artículo 31 3) b).

<sup>155</sup> *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial pág. 650, párr. 48; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 334 (“el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación”).

<sup>156</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

<sup>157</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 272 (se ha omitido la nota de pie de página).

<sup>158</sup> Los tratados por los que se crean organizaciones internacionales se abordarán con más detalle en una fase posterior del examen del tema.

<sup>159</sup> *Ranisev*, párr. 285 (véase la nota 84 *supra*); *Jorgic*, párr. 69 (véase la nota 30 *supra*); *Demir and Baykara*, párr. 52 (véase la nota 29 *supra*); *Sigurður A Sigurjónsson v. Iceland*, 30 de junio de 1993, demanda núm. 16130/90, ECHR Series A, núm. 264, párr. 35; *A. v. the United Kingdom*, 17 de diciembre de 2002, demanda núm. 35373/97, ECHR 2002-X, párr. 83; *Mazurek*, párr. 52 (véase la nota 30 *supra*).

Tal vez este es el motivo por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, prácticamente nunca ha examinado abiertamente los efectos del silencio o la aquiescencia de ciertos Estados partes al determinar el valor de una práctica concreta con fines de interpretación.

70. El posible valor jurídico del silencio ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la preclusión o la prescripción<sup>160</sup>.

## 6. Práctica ulterior por la que consta un acuerdo sobre la inaplicación temporal de un tratado o sobre un mero arreglo práctico

71. Una práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede también poner de manifiesto un acuerdo para no aplicar un tratado temporalmente o un acuerdo sobre un arreglo práctico (*modus vivendi*). Los ejemplos que se presentan a continuación confirman esta tesis:

El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 establecía que “[s]e adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones [...]. La bandera [...] llevar[á] cruz roja en fondo blanco”<sup>161</sup>. Durante la guerra ruso-turca de 1876-1878, el Imperio otomano manifestó que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para identificar sus propias ambulancias y que respetaría el emblema de la cruz roja de las ambulancias del enemigo, y declaró que el signo distintivo previsto en el Convenio “ha impedido hasta ahora que [Turquía] ejerza los derechos que le confiere el Convenio porque representa una ofensa para los soldados musulmanes”<sup>162</sup>. Esta declaración dio lugar a un intercambio de correspondencia entre el Imperio otomano, Suiza (en su calidad de depositario) y las demás partes que desembocó en la aceptación de la media luna roja únicamente mientras se prolongara el conflicto<sup>163</sup>. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y en la Conferencia de Revisión celebrada en Ginebra en 1906, el Imperio otomano, Persia y Siam pidieron, infructuosamente, que la media luna roja, el león y el sol rojos y la llama roja se incluyeran en el Convenio<sup>164</sup>. El Imperio otomano y Persia lograron al menos que se aceptaran las reservas que formularon en ese sentido en 1906<sup>165</sup>. Recién en 1929, durante la revisión de los Convenios de Ginebra, cuando Turquía, Persia y Egipto adujeron que el uso de otros emblemas era

<sup>160</sup> *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. 130 y 131 (opinión disidente del Magistrado Spender).

<sup>161</sup> 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; entró en vigor el 22 de junio de 1865).

<sup>162</sup> “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés”, núm. 29, enero de 1877, págs. 35 a 37, citado en F. Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), o el artículo de F. Bugnion, “The emblem of the Red Cross: a brief history”, *International Review of the Red Cross*, vol. 17, núm. 195 (1977), págs. 283 a 298.

<sup>163</sup> “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés”, núm. 31, julio de 1877, pág. 89, citado en Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, pág. 18.

<sup>164</sup> Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, págs. 19 a 31.

<sup>165</sup> A las que se sumó Egipto tras su adhesión en 1923 (véase Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, págs. 23 a 26).

ya un hecho consumado y no había suscitado objeción alguna<sup>166</sup>, se reconocieron finalmente la media luna roja y el león y el sol rojos como signos distintivos en el artículo 19 2) del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña<sup>167</sup>. Este reconocimiento, primero mediante la aceptación de las reservas formuladas por el Imperio otomano y Persia en 1906, y posteriormente a través del artículo 19 2) del Convenio de Ginebra de 1929, no significaba, sin embargo, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido modificado antes de 1906 por una práctica ulterior a la que nadie se había opuesto. Se consideró más bien, hasta 1906, que la práctica del Imperio otomano y Persia no estaba contemplada en el Convenio de 1864, pero se la aceptó como medida temporal y excepcional que no modificaba la obligación general recogida en el tratado.

72. Las partes también pueden convenir posteriormente, ya sea de manera expresa o a través de su comportamiento, dejar abierta la cuestión de la correcta interpretación de un tratado y establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*) que pueda ser impugnado por vía judicial o cuasijudicial o por otros Estados partes<sup>168</sup>. Un ejemplo de arreglo práctico de este tipo es el memorando de entendimiento sobre servicios de autotransporte transfronterizo de carga internacional celebrado el 6 de julio de 2011 entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos<sup>169</sup>. Este memorando no hace referencia al tercer Estado parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Canadá, y especifica que se celebra “sin perjuicio de los derechos y las obligaciones de los Estados Unidos de América y México en el marco del TLCAN”. De estas circunstancias se desprende que el memorando no pretende ser un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en los términos del artículo 31 3) a) o b), sino que se trata únicamente de un arreglo práctico que puede ser impugnado por otras partes o por vía judicial o cuasijudicial.

## **7. Modificación o rescisión de un acuerdo acerca de la interpretación mencionado en el artículo 31 3) a) o b)**

73. El acuerdo que conste entre las partes en virtud del artículo 31 3) a) y b) puede, en algún momento, llegar a su fin. Una posibilidad es que las partes lo sustituyan por otro acuerdo de diferente alcance o contenido acerca de la

<sup>166</sup> Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929, 1930, págs. 248 y 249, citado en F. Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 4ª ed. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006), pág. 13.

<sup>167</sup> Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, firmado en Ginebra el 27 de julio de 1929 (Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 118, núm. 2733).

<sup>168</sup> *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; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pág. 32 (véase la nota 110 *supra*).

<sup>169</sup> J. R. Crook, “Contemporary Practice of the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 105 (2011), págs. 809 a 812; véase también: México, Diario Oficial de la Federación (7 de julio de 2011), *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América*.

interpretación del tratado. 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 a futuro<sup>170</sup>.

74. 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 original, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común<sup>171</sup>. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto a una práctica ulterior previamente acordada “sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento”, sin no obstante quitarle importancia a la práctica común anterior<sup>172</sup>. El acuerdo real de las partes en el momento de la interpretación del tratado posee, sin duda, el mayor valor en virtud del artículo 31 3)<sup>173</sup>.

75. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

#### **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*).**

---

<sup>170</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pág. 118 (véase la nota 79 *supra*); esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo en los términos del artículo 31 3) no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen en “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pág. 47 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>171</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pág. 151 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>172</sup> *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 27 de enero de 2014, pág. 52, párr. 142 (disponible en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf)).

<sup>173</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 152 y 153 (véase la nota 11 *supra*).

## VI. Decisiones adoptadas en el marco de las conferencias de los Estados partes

76. Los Estados utilizan las conferencias de los Estados partes<sup>174</sup> como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales<sup>175</sup>.

### 1. Formas de las conferencias de los Estados partes

77. La naturaleza jurídica de las conferencias de los Estados partes es algo debatida. Para algunos, una conferencia de esas características “en el fondo no es más que una conferencia diplomática de los Estados”<sup>176</sup>. Otros comentaristas consideran que se tratan de arreglos institucionales autónomos<sup>177</sup>. De todos modos, se puede decir que las conferencias de los Estados partes reflejan diferentes grados de institucionalización. En un extremo del espectro se encuentran las que son órganos de una organización internacional (por ejemplo, las de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, la OMC y la Organización de Aviación Civil Internacional) y en la que los Estados partes actúan en su calidad de miembros de ese órgano<sup>178</sup>. Esas conferencias de los Estados partes no han sido abordadas en el presente informe, que no se refiere a la práctica ulterior de las organizaciones internacionales<sup>179</sup>. En el otro extremo del espectro figuran las conferencias de los Estados partes previstas en los tratados en los que se establece la celebración de reuniones más o menos periódicas de Estados partes para el examen de esos instrumentos. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y su comportamiento ulterior en relación con el tratado.

<sup>174</sup> También se las conoce como Reuniones de las Partes o Asambleas de los Estados Partes.

<sup>175</sup> Véase V. Röben, “Conference (Meeting) of States Parties”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, R. Wolfrum, ed. (Oxford University Press, 2012), pág. 605; R. R. Churchill y G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, núm. 4 (2009), pág. 623; J. Brunnée, “Coping with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1 (2002), pág. 1; A. Wiersema, “The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2009, pág. 231; L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, núm. 6 (2009), pág. 293.

<sup>177</sup> A. E. Boyle, “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, núm. 2 (1993), pág. 235.

<sup>177</sup> Churchill y Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, pág. 623; P. Sands y P. Klein, *Bowett’s Law of International Institutions*, 5<sup>a</sup> ed. (Sweet and Maxwell, 2001), pág. 115. El término “arreglo institucional” se utiliza en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco adoptado en 2003 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2302, núm. 41032), (véase la parte VIII: arreglos institucionales y recursos financieros).

<sup>178</sup> Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Convención sobre las Armas Químicas) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757), abierta a la firma en 1993; Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, núm. 31874), celebrado en Marrakesh en 1994; Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102), suscrito en Chicago en 1944.

<sup>179</sup> Las organizaciones internacionales serán el tema de otro informe.

También pueden tener asignadas funciones concretas relacionadas con la enmienda o la adaptación de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre las Armas Biológicas de 1972<sup>180</sup>, la Conferencia de Examen con Arreglo al artículo VIII 3) del Tratado de No Proliferación de 1968<sup>181</sup>, y la Conferencia de los Estados Partes establecida por los tratados internacionales sobre el medio ambiente<sup>182</sup>. Aunque en estas últimas suele haber un mayor grado de institucionalización que en las conferencias periódicas de examen de la Convención sobre las Armas Biológicas y el Tratado de No Proliferación, no constituyen ni una organización internacional ni el órgano de una organización.

78. No es necesario, a los efectos del presente informe, resolver cuestiones doctrinales relativas a la clasificación de las conferencias de los Estados partes. En los casos que se exponen a continuación, una conferencia de Estados partes es una reunión de Estados partes establecida en un tratado a los fines de examinar o aplicar dicho tratado, lo que no incluye reuniones en que los Estados partes actúen como miembros del órgano de una organización internacional. Sin embargo, se hará referencia al reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia recaído en la causa relativa a la *Caza de Ballenas en la Antártida*<sup>183</sup> en que se examina un caso límite, la Comisión Ballenera Internacional, establecida en la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena<sup>184</sup>.

<sup>180</sup> Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas), 1972, (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14860), artículo 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).

<sup>181</sup> Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968, (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 729, núm. 10485); en el artículo VIII, párrafo 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado, y 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.

<sup>182</sup> Un ejemplo es la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992, (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822), 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), 1997, (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822), y la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar), 1971, (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, núm. 14583).

<sup>183</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

<sup>184</sup> A menudo se dice que en la Convención se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y la Convención atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que encuadran en la definición actual de Conferencia de los Estados Partes.

## 2. Tipos de actos adoptados por los Estados partes en el marco de una conferencia de los Estados partes

79. Las conferencias de los Estados partes llevan a cabo una variedad de actos, cuyas consecuencias y naturaleza jurídica dependen, en primer lugar, del tratado en cuestión. A los fines del presente informe, la principal distinción se refiere a las medidas que puede adoptar una conferencia de los Estados partes para revisar la aplicación del tratado y procedimientos de enmienda<sup>185</sup>.

80. Las facultades de examen de las conferencias de los Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales o en disposiciones específicas. Un ejemplo de una típica cláusula de examen general es el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que establece lo siguiente:

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.

81. Esa facultad de examen tan amplia llevó al Proceso de la Conferencia de Examen de la Convención sobre Armas Biológicas y Toxínicas, por ejemplo, a aprobar “acuerdos adicionales” sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido aprobados por consenso por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, y han evolucionado en relación con todos los artículos del tratado para abordar cuestiones puntuales a medida que se planteaban<sup>186</sup>. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas<sup>187</sup> define “acuerdo adicional” como el acuerdo que:

i) Interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o

<sup>185</sup> Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: artículo 6, párrafo 1, sobre las funciones de examen, y artículo 10 *bis*, sobre enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: artículo 7, párrafo 2, sobre las facultades de examen, y el artículo 15, sobre enmiendas; Protocolo de Kyoto, artículo 13, párrafo 4, sobre las facultades de examen de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, artículo 20 sobre el procedimiento para la adopción de enmiendas; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (1973) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14537), art. XI sobre el examen de la Conferencia de las Partes y XVII sobre los procedimientos de enmienda; Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares; Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, artículo 23, párrafo 5 (facultades de examen), artículo 28 (enmiendas) y artículo 33 (protocolos).

<sup>186</sup> Véase P. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, núm. 1 (2010), pág. 33.

<sup>187</sup> La “Dependencia de Apoyo a la Aplicación” fue creada por la Conferencia de los Estados Partes a fin de prestar apoyo administrativo a la Conferencia, y mejorar 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).

ii) Da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición<sup>188</sup>.

82. En los distintos tratados se establecen facultades específicas para el examen de ciertas disposiciones, que a veces se refieren a ellas como “directrices” que habrán de ser elaboradas y propuestas por una conferencia de Estados partes<sup>189</sup>, y a veces establecen una Conferencia de Estados Partes que determinará “normas” y “modalidades”<sup>190</sup>.

83. Existen dos tipos de procedimientos de enmienda: los procedimientos de enmienda formales (que en su mayoría deben ser ratificados por los Estados partes según los procedimientos establecidos en sus constituciones), y la aceptación tácita<sup>191</sup> y procedimientos de no objeción<sup>192</sup>. Los procedimientos de enmienda formales en general se aplican al texto principal de los tratados, en tanto que los procedimientos de aceptación tácita suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente. Con arreglo al procedimiento de aceptación tácita —conocido a veces también como “procedimiento de consentimiento tácito”<sup>193</sup>— las enmiendas entran en vigor para todas las partes si las aprueba una mayoría calificada (en general dos tercios), y a menos que una o más de una de las partes objete a ello dentro de un plazo determinado. Cuando se formula una objeción expresa dentro de un plazo determinado, la enmienda no entra en vigor respecto de la parte o partes que formulan la objeción (mecanismo de exclusión explícita).

### 3. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los que se refiere el artículo 31 3) pueden dimanar de las conferencias de los Estados partes

84. Las conferencias de examen normalmente examinan la aplicación de los tratados pertinentes con miras a asegurar el cumplimiento de sus objetivos. Por lo tanto, las decisiones o declaraciones adoptadas en el marco de esas conferencias cumplen una función importante en lo que respecta a adaptar los tratados a los

<sup>188</sup> Véase el 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) (que fue actualizado para que incluyera los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012).

<sup>189</sup> Esto es particularmente claro en el caso de los artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

<sup>190</sup> El artículo 17 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático sobre los derechos de emisión proporciona un ejemplo instructivo. La utilización de la palabra “normas” en esta disposición generó un debate sobre la naturaleza jurídica de las actividades de esa Conferencia de las Partes [en su calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto], y sobre si sus efectos eran o no vinculantes. Véase Churchill y Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, pág. 639 (véase también la nota 175 *supra*); J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, en *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum y V. Röben, eds. (Berlín, Springer, 2005), págs. 110 a 115.

<sup>191</sup> Véase el sitio web de la Organización Marítima Internacional ([www.imo.org/About/Conventions/Pages/Home.aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/Pages/Home.aspx)).

<sup>192</sup> Véase J. Brunnée, “Treaty amendments”, en *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 354 a 360.

<sup>193</sup> *Ibid.*

hechos nuevos o a interpretarlos en la forma que las partes consideren es la correcta en un determinado momento. Esas decisiones y declaraciones también constituyen o son reflejo de acuerdos ulteriores a los que se refiere el artículo 31 3) a), que se utilizan para interpretar el tratado de que se trate. Así, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la Organización Marítima Internacional (OMI), a solicitud de los órganos rectores, formuló la siguiente observación respecto de una decisión sobre una “resolución interpretativa”:

Según el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena), en la interpretación de un tratado deberán tenerse en cuenta los acuerdos ulteriores 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 partes<sup>194</sup>.

85. Los comentaristas también han interpretado que esas decisiones pueden constituir acuerdos ulteriores en lo que respecta a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Tratado de No Proliferación<sup>195</sup> y al respecto han señalado lo siguiente:

Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado<sup>196</sup>.

En el mismo sentido, con respecto a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

El artículo VI de la Convención 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 esta Convención”. 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 de la Convención o su Anexo<sup>197</sup>.

86. Los siguientes ejemplos apoyan la afirmación de que las decisiones adoptadas por las Conferencias de los Estados Partes pueden constituir los acuerdos ulteriores a los que se refiere el artículo 31 3) a):

<sup>194</sup> Tema 4 del programa (Fertilización de los océanos), presentado por la Secretaría en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos (Organización Marítima Internacional, documento LC 33/J/6, párr. 3).

<sup>195</sup> D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 213 y 214 (véase la nota 67 *supra*).

<sup>196</sup> B. M. Carnahan, “Treaty review conferences”, *American Journal of International Law*, vol. 81, núm. 1 (1987), pág. 229.

<sup>197</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, párr. 46.

a) **Convenio Marco para el Control del Tabaco**

87. La principal función de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco<sup>198</sup> es examinar y promover la aplicación eficaz del Convenio<sup>199</sup>. El tratado prevé que los Estados partes acuerden ulteriormente directrices que aclaren el sentido de una disposición, lo que necesariamente implica interpretar el tratado. En la medida en que las interpretaciones que figuran en las directrices de la Conferencia de las Partes constituyen “propuestas”, no son, como tales, jurídicamente vinculantes. Sin embargo, esas directrices también pueden establecer una interpretación que se haya acordado. Por lo tanto, el Asesor Jurídico de la OMS ha reconocido lo siguiente (aunque su formulación es excesivamente amplia):

Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un “acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado”, tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena<sup>200</sup>.

88. Una directriz para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco, por ejemplo, demuestra que la Conferencia de las Partes ha definido ulteriormente el sentido y el alcance de una norma y ha interpretado el significado de sus términos. En el artículo 14 se establece lo siguiente:

Cada Parte elaborará y difundirá directrices apropiadas, completas e integradas, basadas en pruebas científicas y en las mejores prácticas, teniendo presentes las circunstancias y prioridades nacionales, y adoptará medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco<sup>201</sup>.

89. La directriz para la aplicación del artículo 14, aprobada por la Cuarta Conferencia de las Partes (2010), aclara, entre otras cosas, lo que “significa” la adicción al tabaco/dependencia del tabaco:

conjunto de manifestaciones comportamentales, cognitivas y fisiológicas que se desarrollan tras un consumo repetido, y que suelen consistir en un intenso deseo de consumir tabaco, dificultad para controlar ese consumo, persistencia en este pese a sus consecuencias graves, asignación de mayor prioridad al

<sup>198</sup> Véase el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

<sup>199</sup> *Ibid.*, véanse el artículo 5, párr. 4, y los artículos 7, 8 y 23, párr. 5.

<sup>200</sup> 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 sobre el ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (Organización Mundial de la Salud, documento FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, anexo). Esta cuestión también ha sido reconocida en la doctrina, véase 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 (2010) págs. 14 a 16.

<sup>201</sup> Véase el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (véase nota 177 *supra*, en el cuerpo del documento).

consumo de tabaco que a otras actividades y obligaciones, aumento de la tolerancia y, en ocasiones, un estado físico de abstinencia<sup>202</sup>.

90. Esta definición está tomada de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos de la OMI<sup>203</sup>, y muestra que los Estados partes en el Convenio Marco sobre Control del Tabaco han adoptado la definición de esa organización mundial sobre problemas de salud, para interpretar el artículo 14.

#### b) **Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas**

91. La Conferencia de Examen de la Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas, en ejercicio de sus funciones generales de examen, celebra periódicamente “entendimientos y acuerdos adicionales” relativos a las disposiciones de la Convención. Los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención mediante esos entendimientos, definiendo especificando o ampliando de alguna otra manera, el sentido y el alcance de las disposiciones, así como la adopción de directrices sobre su aplicación. Por lo tanto, los “entendimientos y acuerdos adicionales” pueden constituir acuerdos ulteriores en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 3) a). El siguiente ejemplo ilustra la cuestión: el artículo I 1) de la Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas establece que los Estados partes se comprometen 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 están justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos;

En la Tercera Conferencia de las Partes Encargada del Examen (1991), los Estados partes señalaron que<sup>204</sup>

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 (...)”

#### c) **Protocolo de Montreal**

92. La Enmienda de Beijing elaborada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono ha dado lugar a un debate sobre su interpretación. La Conferencia de las Partes reconoció “que el significado de la expresión ‘Estado que no sea Parte en este Protocolo’ puede ser objeto de interpretaciones distintas por las Partes en la Enmienda de Beijing con respecto a los hidroclorofluorocarbonos”. La Conferencia adoptó entonces “en este contexto una decisión sobre una práctica para aplicar lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 4 del Protocolo, estableciendo por consenso

<sup>202</sup> “Directrices para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”, en *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: directrices para la aplicación Artículo 5.3, artículo 8, artículo 9, artículos 9 y 10, artículo 11, artículo 12, artículo 13, artículo 14* (Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2013), pág. 124.

<sup>203</sup> Véase [www.who.int/classifications/icd/en](http://www.who.int/classifications/icd/en).

<sup>204</sup> Declaración Final de la Tercera 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.III/23, parte II).

una interpretación única de la expresión ‘Estado que no sea Parte en este Protocolo’, que pueda ser aplicada por las partes en la Enmienda de Beijing a los efectos del comercio de hidroc fluorocarbonos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo”<sup>205</sup>.

**d) Convenio de Londres sobre Vertimiento**

93. Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita (enmienda) no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31 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)<sup>206</sup>. En su decimosexta reunión, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en 1993, aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita que podía utilizarse<sup>207</sup>. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren<sup>208</sup>. En efecto, la

<sup>205</sup> Para mayores detalles, véase la 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 hidroc fluorocarbonos; la definición ha sido formulada 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 hidroc fluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; b) la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las enmiendas de Copenhague y Beijing; c) reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo”, se aplicará lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *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 17ª Reunión de las Partes (UNEP/OzL.Pro.15/9, cap. XVIII.A.).

<sup>206</sup> Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Convenio de Londres sobre Vertimiento) (1972) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1046, núm. 15749).

<sup>207</sup> Véanse las resoluciones LC.51 (16) y LC.50 (16) de la Decimosexta Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en Londres. En primer lugar, la Reunión decidió hacer enmiendas en relación con 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 párr. 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas (véase “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* (Londres, Organización Marítima Internacional, julio de 1997).

<sup>208</sup> 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

enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes y en que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que “[e]l 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”<sup>209</sup> 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”<sup>210</sup>. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

#### e) Conclusión

94. Estos ejemplos demuestran que las decisiones de las Conferencias de los Estados Partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31 3) a) y, con más razón, práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 3) b) y 32. Sin embargo, esas decisiones no constituyen automáticamente un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) dado que estos deben establecerse siempre expresamente. No se trata del caso en que las partes no tienen la intención de que su acuerdo tenga ninguna trascendencia jurídica, sino solo política (véase II *supra*). Esa intención puede conocerse, en particular por la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la Conferencia de los Estados Partes en su conjunto, su objeto y finalidad, y la forma en que se aplique.

95. Por otra parte, no puede afirmarse simplemente que porque un tratado no otorga competencia a la Conferencia de los Estados Partes para adoptar decisiones vinculantes, todas las Conferencias de los Estados Partes son necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y crean solamente compromisos políticos<sup>211</sup>. Es posible que muchas de las decisiones adoptadas por Conferencias de los Estados Partes no se hayan elaborado con la finalidad de que constituyeran en sí mismas acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31 3) a), sea porque se supone que no deben constituir una declaración relativa a la interpretación del tratado, o porque surten efectos jurídicos solo en conjunción con la obligación general que existe de cooperar con arreglo al tratado que coloca a las partes en la obligación de tener debidamente en cuenta dicha decisión<sup>212</sup>. Sin embargo, este análisis amplio solo permite establecer la presunción de que no puede considerarse en general que las decisiones (consensuadas) de la Conferencia de los Estados Partes constituyen acuerdos en el sentido del artículo 31 3) a). Sin embargo, si las partes han dejado suficientemente en claro que la decisión de la Conferencia de los Estados Partes refleja el acuerdo al que han llegado respecto de la interpretación del tratado, dicha

---

fundamentales al Convenio” (véase Churchill y Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, pág. 638 (véase la nota 178 *supra*)).

<sup>209</sup> Organización Marítima Internacional, resolución LDC.41 (13), párr. 1.

<sup>210</sup> Churchill y Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, pág. 641 (véase la nota 178 *supra*).

<sup>211</sup> Véase *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, párr. 46.

<sup>212</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, párr. 83.

presunción quedaría desvirtuada. Que ello sea así o no depende de las circunstancias de cada caso en particular. Otra indicación para hacer esta determinación 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 los Estados Partes. Por otro lado, una práctica discordante tras la adopción de una decisión por la Conferencia de los Estados Partes, puede significar que los Estados no supusieron que la decisión constituiría un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a)<sup>213</sup>. Las decisiones de la Conferencia de los Estados Partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores con arreglo al artículo 31 3) a) ni práctica ulterior con arreglo al artículo 31 3) b) pueden, sin embargo, ser utilizadas como medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32<sup>214</sup>.

#### 4. Forma y procedimiento

96. Es posible que los actos que se originan en las conferencias de los Estados partes tengan distintas formas y designaciones y hayan sido el producto de procedimientos distintos. A fin de que se las reconozca como acuerdos ulteriores con arreglo al artículo 31 3) a), las decisiones de las conferencias de los Estados partes deben constituir un “acuerdo” en lo que respecta a la interpretación del tratado por “acto común único”<sup>215</sup>. La cuestión es si la forma o el procedimiento del que surge un acto dimanante de una conferencia de los Estados partes da algún indicio acerca de la sustancia del acuerdo en lo que respecta a la interpretación de un tratado.

97. Si la decisión de la conferencia de los Estados partes fue adoptada mediante una votación en la que hubo unanimidad y en que todas las partes participaron, es claro que puede constituir un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a), siempre que esa decisión sea “acerca de la interpretación del tratado” y a menos que una disposición del tratado no establezca otra cosa ni una parte indique expresamente lo contrario. Sin embargo, las decisiones de las conferencias de los Estados partes relativas a las funciones de examen, se adoptan en general por consenso. Esta práctica procede de los reglamentos que en general exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr consenso en lo que respecta a cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento de la Conferencia de las Partes de la Conferencia de las Partes Encargada del Examen de la Convención sobre las Armas Biológicas. De conformidad con el artículo 28 2):

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

<sup>213</sup> Véase V.7 *supra*.

<sup>214</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (Opinión separada del Magistrado *ad hoc* Charlesworth, párr. 4: “Observo que las resoluciones aprobadas por voto de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encuadran en el artículo 31.3 de la Convención de Viena”).

<sup>215</sup> Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (A/68/10, cap. IV.C.2).

votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso<sup>216</sup>.

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

**a) Consenso y acuerdo respecto de cuestiones sustantivas**

99. La cuestión de si una decisión dimanante de una conferencia de los Estados partes que se adopta por consenso puede constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) fue sometida, aunque de forma implícita, a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI en 2011, por el Grupo de Trabajo Interperíodos sobre la Fertilización de los Océanos, que acordó recomendar que “se solicite a la División de Asuntos Jurídicos y Relaciones Externas de la OMI que asesore a los órganos rectores en octubre de 2011 sobre los requisitos de procedimiento relacionados con la adopción de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si sería necesario llegar a un consenso para tomar esa decisión o no”<sup>217</sup>.

100. En su respuesta, la Subdivisión de 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 3) a)<sup>218</sup>, 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 partes. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI señaló algunas decisiones de tribunales nacionales que no reconocían el carácter vinculante de ciertas decisiones interpretativas adoptadas por conferencias de los Estados partes en relación con regímenes de tratados y “sugirió que el sistema de las resoluciones interpretativas no era un 100% seguro y que, si se lo aplicaba, también sería aconsejable adoptar enmiendas apropiadas al Convenio de Londres y al Protocolo de Londres al mismo tiempo”<sup>219</sup>.

101. La opinión de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, aunque parte del presupuesto erróneo de que un “acuerdo ulterior” de los mencionados en el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es vinculante o debería serlo “como un tratado o una enmienda a un tratado”<sup>220</sup>, en definitiva llega a la conclusión correcta de que un acuerdo ulterior no es necesariamente vinculante<sup>221</sup>. Esta posición es congruente con la posición de la Comisión, según la cual un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a) es solo uno de los distintos medios de interpretación que deberán tomarse en cuenta en el proceso de interpretación<sup>222</sup>. Así, las resoluciones interpretativas de las conferencias de los Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí

<sup>216</sup> Véase el artículo 28, párrafo 2, del reglamento provisional de la Conferencia de las Partes Encargadas 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, celebrada en Ginebra, del 3 al 21 de marzo de 1980 (BWC/CONF.I/2).

<sup>217</sup> Organización Marítima Internacional, documento LC 33/4, párr. 4.15.2.

<sup>218</sup> Organización Marítima Internacional, documento LC 33/J/6, párr. 3.

<sup>219</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>220</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>221</sup> Véase V.4. *supra*.

<sup>222</sup> Comentario del proyecto de conclusión 2, párr. 4 (A/68/10, cap. IV.C.2).

mismas pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31 3) a) o una práctica ulterior con arreglo al artículo 31 3) b) si hay razones suficientes para pensar que esa fue la intención de las partes<sup>223</sup>. Esta conclusión es compatible con el hecho de que algunos tribunales nacionales no han considerado como vinculantes algunas resoluciones interpretativas que fueron adoptadas en el marco de regímenes conexos<sup>224</sup>. Solo es necesario que los tribunales, cuando interpreten las disposiciones del tratado de que se trate, den la importancia apropiada a una resolución interpretativa, no que la acepten como vinculante<sup>225</sup>.

102. Se sigue de ello que la cuestión de si una “resolución interpretativa” requiere o no que se la adopte por consenso es engañosa. La adopción por consenso es una condición necesaria, aunque no suficiente, para que se llegue a un acuerdo con arreglo al artículo 31 3) b). Los reglamentos de las conferencias de los Estados partes en general no se pronuncian sobre los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a) o una práctica ulterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 3) b). Esos procedimientos solo determinan la forma en que las conferencias de los Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos colaterales en cuanto acuerdo ulterior según el artículo 31 3). Si bien los acuerdos ulteriores del artículo 31 3) a) no son vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena les atribuye efectos jurídicos en virtud del artículo 31, que solo se justifican si el acuerdo entre las partes se refiere al fondo de la cuestión y se encuentra específicamente presente en un determinado momento. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto<sup>226</sup>.

103. El consenso, en cambio, no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según el documento *Comentarios sobre Cuestiones de Procedimiento* publicado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 (2006) de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>227</sup>:

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

<sup>223</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)* (intervención de Nueva Zelandia), C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (Opinión separada del Magistrado Greenwood, párr. 6, y opinión separada del Magistrado *ad hoc* Charlesworth, párr. 4).

<sup>224</sup> Véase Organización Marítima Internacional, documento LC 33/J/6, párrs. 8 a 13.

<sup>225</sup> Comentario del proyecto de conclusión 2, párr. 4 (A/68/10, cap. IV.C.2).

<sup>226</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: intervención de Nueva Zelandia)*, C.I.J., fallo de 31 de marzo de 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, párr. 83.

<sup>227</sup> 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” (párr. 24).

por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso<sup>228</sup>.

**b) Consenso y objeciones**

104. Dado que si se desea que una decisión adoptada en el marco de la conferencia de los Estados partes constituya un acuerdo ulterior con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 3) a), esa decisión debe expresar un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de aspectos sustantivos de las disposiciones de un tratado, algunas decisiones, no obstante se declare que han sido adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a). Esto es especialmente cierto respecto de las decisiones que han sido adoptadas a pesar de que uno o más Estados han formulado una objeción. El siguiente ejemplo ilustra la cuestión:

105. En su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de los impactos de las especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies<sup>229</sup>. Tras intentar varias veces por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se registraran en el último informe de la reunión las reservas que Australia había planteado. El representante de Australia reiteró que no podía aceptar los principios de orientación y que por lo tanto mantenía su objeción explícita<sup>230</sup>. La Presidenta declaró que el debate se cerraba y que, “siguiendo la práctica establecida”, se adoptaba la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de los Estados que no estaban de acuerdo quedarían reflejadas en el último informe de la reunión. Tras la aprobación de la decisión, Australia reiteró su parecer de que el consenso era adopción sin objeción explícita y expresó que albergaba graves preocupaciones respecto de la legalidad del procedimiento de aprobación del proyecto de decisión. Al final, Australia solicitó que “[e]n el caso de que la decisión de la Presidenta de que el texto se aprobase, Australia deseaba que se incluyese una declaración detallada en el informe, al efecto de que Australia no estaba de acuerdo con algunos elementos específicos de los principios de orientación [...]”. Además de la inclusión de esta declaración en el informe final de la reunión, se añadió una nota de pie de página a la decisión VI/23 en que se indica que “[d]urante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recaló que opinaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto al cual se le hubiera hecho una objeción explícita. Algunos representantes expresaron reservas en cuanto al procedimiento de adopción de esta decisión”<sup>231</sup>.

106. Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas<sup>232</sup>, quien respondió que una parte podía “disociarse del fondo o del texto del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación

<sup>228</sup> Véase “Consensus in UN practice: general”, documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en [http://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf](http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf).

<sup>229</sup> Véase la decisión VI/23 (UNEP/CBD/COP/6/20, anexo I).

<sup>230</sup> Informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, (UNEP/CBD/COP/6/20), párr. 313.

<sup>231</sup> *Ibid.*, párrs. 294 a 324.

<sup>232</sup> La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

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 [...] por definición [...] cuando hay una objeción explícita, no hay consenso”<sup>233</sup>. Añadió que dada la clara objeción de Australia, la Presidenta de la Conferencia de las Partes no debería haber procedido a declarar la decisión adoptada por consenso, y que, al hacerlo, había “actuado claramente en contra de la práctica establecida”. Sin embargo, concluyó que a pesar de las graves fallas del procedimiento, “una vez que la Presidenta declaró aprobada la decisión, el representante de Australia no objetó formalmente a su adopción ni intentó impugnar la decisión en sí misma”. En la opinión del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, la posición que asumió Australia después de la adopción de la decisión constituía una reserva respecto del procedimiento, más que una objeción formal en contra de la decisión<sup>234</sup>. Más tarde, en la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención de Ramsar, celebrada en noviembre de 2002, Australia aprovechó la oportunidad para hacer una declaración formal, y señaló que no estaba de acuerdo con la opinión del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas y que no aceptaba que la decisión hubiera sido adoptada válidamente en la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>235</sup>.

107. La decisión mencionada, relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y una decisión similar adoptada por la Conferencia sobre el Cambio Climático celebrada en Cancún in 2010 en el marco del Protocolo de Kyoto de la Convención sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)<sup>236</sup>, plantearon la importante cuestión de qué significaba “consenso”<sup>237</sup>. Esta cuestión, sin embargo, debe distinguirse de la cuestión de cuáles son las circunstancias bajo las cuales las partes en un tratado llegan a un acuerdo en relación con aspectos sustantivos de interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31 3) a) y b).

## 5. Actos no aprobados en presencia de todas las partes en un tratado

108. Las decisiones adoptadas por las conferencias de los Estados partes no son adoptadas necesariamente por todas las partes en un tratado. Si bien todas las partes tienen en general y con arreglo al tratado, la posibilidad de participar en una conferencia de los Estados partes, algunas pueden decidir no asistir a la reunión. En

<sup>233</sup> La opinión jurídica puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, documento UNEP/SCBD/30219R (17 de junio de 2002).

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> Informe de la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, Valencia (España) 18 a 26 de noviembre de 2002, que puede consultarse en [http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-cops-cop8-report-of-8th/main/ramsar/1-31-58-128%5E17797\\_4000\\_2\\_\\_](http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-cops-cop8-report-of-8th/main/ramsar/1-31-58-128%5E17797_4000_2__).

<sup>236</sup> 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 15º 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 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.

<sup>237</sup> Véase “Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time” en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 372 a 377.

esos casos puede plantearse la cuestión de si una decisión adoptada por una conferencia de los Estados partes, que constituiría un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a) si todas las partes la hubieran adoptado, también puede considerarse un acuerdo ulterior si una o más partes no hubieran participado en la conferencia.

109. Sería difícil suponer que una parte en un tratado ha acordado, mediante su consentimiento para quedar vinculada por el tratado, aceptar las decisiones que sean adoptadas ulteriormente en su ausencia por otros Estados partes en el marco de la conferencia de los Estados partes de que se trate. Por lo tanto, debería ser posible que los Estados que no han participado pudieran expresar posteriormente su desacuerdo con una decisión que haya sido adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes. Por otra parte, del principio de buena fe y del deber de cooperar en el marco del tratado se desprende que los Estados no participantes tienen la obligación de manifestar su posible desacuerdo tan pronto como sea factible en las circunstancias, de lo contrario debería suponerse su acuerdo (aquiescencia).

110. Subsiste la cuestión, más doctrinaria, de si la decisión de una conferencia de los Estados partes con la que los Estados partes no participantes están de acuerdo en razón de haber mantenido silencio posteriormente debería considerarse como un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) a) o más bien como una práctica ulterior, de conformidad con el artículo 31 3) b). El hecho de que la Comisión haya distinguido ambas formas de conducta ulterior, al exigir, para el acuerdo al que se refiere el artículo 31 3) a), un “acto común”<sup>238</sup> parece, a primera vista, llevar a la conclusión de que dicho acuerdo no se basa en un “acto común”. Sin embargo, tampoco es posible considerar que esa decisión adoptada por una conferencia de los Estados partes sea un “acto común” incipiente que quedaría completo con la aceptación implícita de los Estados no participantes en un período de tiempo razonable. Esta última parece ser la mejor posición, dado el carácter central del acto colectivo y el carácter constructivo que tiene la aceptación de los Estados no participantes.

111. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

#### **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**

---

<sup>238</sup> Comentario del proyecto de artículo 4, párr. 10 (A/68/10, cap. IV.C.2).

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.

## VII. Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

112. Conforme al artículo 31 3), a los efectos de la “interpretación” de un tratado habrán de tenerse en cuenta los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Esto suscita la cuestión del alcance, y por tanto también de los límites, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación, en particular la relación con otros efectos jurídicos que pueden tener los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior conforme al derecho de los tratados.

### 1. Procedimientos concretos de interpretación y artículo 31 3) a) y b)

113. La interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior puede estar prevista en el propio tratado. Algunos tratados incluyen cláusulas especiales relativas a la interpretación de los tratados por quienes son partes en ellos o por los órganos creados en virtud de esos tratados. El artículo IX.2 del Acuerdo sobre la OMC, por ejemplo, establece que “la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales” mediante una decisión que “se tomará por mayoría de tres cuartos de los miembros”. No obstante, en *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, el Órgano de Apelación no consideró que hubiera una relación de *lex specialis* entre el artículo IX.2 y los medios de interpretación estipulados en el artículo 31 3) de la Convención de Viena:

No advertimos cómo podría la autorización expresa del Acuerdo sobre la OMC a los Miembros para adoptar interpretaciones de las disposiciones de la OMC —que requiere una votación por mayoría de tres cuartos y no una decisión unánime— obstar a que se recurra a la práctica ulteriormente seguida como instrumento de interpretación de los tratados conforme al párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>239</sup>.

114. Otras cortes y tribunales han llegado a la misma conclusión con respecto a cláusulas similares de otros tratados<sup>240</sup>. Los autores han concluido que las cláusulas concretas relativas a la interpretación normalmente no tienen por objeto excluir el recurso a los medios de interpretación establecidos en el artículo 31 3) a) y b)<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> 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, 12 de septiembre de 2005, párr. 273.

<sup>240</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, pág. 53 y ss., en especial pág. 187, párr. 169, y pág. 188, párr. 173; *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI de conformidad con el capítulo XI del TLCAN, laudo definitivo sobre la jurisdicción y el fondo del asunto, 9 de agosto de 2005 ([www.state.gov/documents/organization/51052.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf)), parte II, capítulo H, párr. 23.

<sup>241</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pág. 120 (véase la nota 80 *supra*); E. Pan, “Authoritative interpretation

## 2. La relación entre interpretación y modificación

115. En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que la práctica ulterior de las partes, en el marco del sentido de lo dispuesto en el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito<sup>242</sup>. No queda totalmente claro si la Corte quería así reconocer que la práctica ulterior conforme al artículo 31 3) b) también podía tener como efecto la modificación de un tratado o si simplemente estaba articulando un razonamiento respecto de la interpretación de los tratados. La segunda alternativa es posible, puesto que la intención “original” de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de los tratados. Así pues, la Comisión reconoció en el proyecto de conclusión 3 provisionalmente aprobado 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”<sup>243</sup>. Por tanto, el alcance de la “interpretación” no viene dado necesariamente por una “intención original” determinada, sino que tiene que delimitarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, en particular la evolución posterior que puede producirse.

116. Desde un punto de vista práctico, el pronunciamiento algo ambiguo de la Corte Internacional de Justicia suscita las cuestiones estrechamente vinculadas acerca de en qué medida pueden contribuir a la “interpretación” los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior conforme al artículo 31 3) y si los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener como efecto la modificación de los tratados. Ambas cuestiones se incluyen en la esfera del presente tema, puesto que se mantienen “dentro del ámbito del derecho de los tratados” y se refieren a la “cuestión prioritaria” sobre la que versa el tema, a saber, “la significación jurídica de los acuerdos y la práctica ulteriores a efectos de la interpretación”<sup>244</sup> conforme se explica en la propuesta

---

of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, págs. 519 a 525.

<sup>242</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213 y ss., en especial pág. 242, párr. 64; véase también *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, laudo de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, parte IV, pág. 231 y ss., en especial pág. 256, párr. 62; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pág. 51 (véase la nota 10 *supra*); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, págs. 134 a 141 (véase la nota 149 *supra*); R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, (Heymann, 1963), pág. 132.

<sup>243</sup> Proyecto de conclusión 3 (A/68/10, cap. IV.C.1) y comentario del proyecto de conclusión 3, párrs. 1 a 18 (*ibid.*, cap. IV.C.2).

<sup>244</sup> El Grupo de Estudio sobre los Tratados en el Tiempo señaló en 2012, como parte de su recomendación a la Comisión acerca del cambio de la labor sobre el tema que “quedaba claro que el tema se mantendría dentro del ámbito del derecho de los tratados. La cuestión prioritaria será la significación jurídica de los acuerdos y la práctica ulteriores a efectos de la interpretación (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)”, conforme se explicó en la propuesta inicial relativa al tema, A/67/10, cap. X, pág. 132, párr. 238; en su 3136ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, la Comisión decidió: a) modificar su método de trabajo en relación con este tema según lo sugerido por el Grupo de Estudio (*ibid.*, pág. 141, párr. 269).

inicial relativa al tema. Así pues, a menudo resulta “difícil, si no imposible, trazar”<sup>245</sup> una línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado.

### 3. **Modificación de los tratados por medio de acuerdos ulteriores o la práctica ulterior**

117. Es necesario establecer distinciones cuando se tratan las cuestiones interconectadas del posible alcance de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y si esas vías también pueden conducir a la modificación de los tratados. Aunque el extremo de si un tratado puede ser modificado por la práctica ulterior de las partes generó un debate en la Conferencia de Viena y ha dado lugar a la aparición de significativos pronunciamientos judiciales y de otro tipo desde entonces (véase el apartado a)), el extremo de la posible modificación de un tratado por medio de un acuerdo ulterior suscita cuestiones algo diferentes, pero estrechamente vinculadas (véase el apartado b)).

#### a) **Modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior**

118. En su *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados*, la Comisión propuso incluir una disposición en la Convención de Viena que habría reconocido explícitamente la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior. El proyecto de artículo 38 tenía el siguiente tenor:

##### **Modificación de los tratados por la práctica ulterior**

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado<sup>246</sup>.

119. Este proyecto de artículo suscitó un debate controvertido en la Conferencia de Viena<sup>247</sup>. La mayoría de los Estados formularon objeciones. Algunos pensaban que la modificación de un tratado requeriría normalmente seguir el procedimiento

<sup>245</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 138 (véase la nota 103 *supra*); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 243 (véase la nota 10 *supra*); Murphy, *The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties*, pág. 90 (véase la nota 67 *supra*); Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, pág. 46 (véase la nota 108 *supra*); Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 42 y 43 (véase la nota 11 *supra*); J.-M. Sorel y V. Boré Eveno, “Article 31: Convention of 1969”, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, en O. Corten y P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 825, párr. 42; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 555, párr. 76 (véase la nota 11 *supra*); esto es cierto incluso aunque teóricamente estos dos procesos puedan considerarse como “bastante diferentes jurídicamente”, véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Nambia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045 y ss., en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16; en este mismo sentido, Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pág. 114 (véase la nota 79 *supra*); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 168 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>246</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.67.V.2), pág. 258.

<sup>247</sup> Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, págs. 56 a 61 (véase la nota 10 *supra*).

formal de enmienda<sup>248</sup>. También había preocupación por que se pudiera poner en peligro la estabilidad de los tratados y las relaciones convencionales si se reconocía la posibilidad de una modificación informal y por que el proyecto de artículo propuesto pudiera conducir a abusos y debilitar el principio *pacta sunt servanda*<sup>249</sup>. Además, se afirmó que las modificaciones informales de los tratados por medio de la práctica ulterior podían suscitar problemas respecto del derecho constitucional interno<sup>250</sup>. Algunos Estados cuestionaron si el proyecto de artículo era realmente necesario, puesto que el que versaba sobre la práctica ulterior como medio de interpretación (que a la postre sería el artículo 31 3) b)) ya abarcaba cuanto se requería y, en todo caso, era difícil establecer una distinción entre interpretación y modificación<sup>251</sup>. Por último, se manifestó preocupación por la posibilidad de que se pudieran producir modificaciones sin el necesario acuerdo de todas las partes en el tratado<sup>252</sup> y de que funcionarios de baja categoría pudieran efectuar modificaciones fuera del control de los órganos estatales competentes<sup>253</sup>.

120. Otros Estados opinaban que el derecho internacional no era tan formalista como el derecho interno<sup>254</sup>. Se dijo que las modificaciones informales de los tratados por medio de la práctica ulterior habían sido reconocidas anteriormente por órganos judiciales<sup>255</sup> y que nunca habían creado problemas en el ámbito constitucional interno de los Estados<sup>256</sup>. Algunas cuestiones que se habían suscitado en la práctica no se podían resolver por medio de la interpretación. Otro argumento que se esgrimió fue el de que si todas las partes acordaban aplicar el tratado de una manera que se desviara de su sentido original, no se infringiría el principio *pacta sunt servanda*<sup>257</sup>. Varias delegaciones consideraron que el proyecto de artículo 38 era una norma o principio preexistente del derecho internacional<sup>258</sup>.

121. El Relator Especial, Sr. Waldock, actuando en su calidad de consultor técnico de la Conferencia, dijo, entre otras cosas, que se había extrañado de que pareciera que algunas delegaciones estimaran que el artículo 38 constituía casi una violación del principio *pacta sunt servanda*, especialmente teniendo en cuenta que la base jurídica del artículo era la buena fe. Además, se refirió a la preocupación de que el artículo 38 pudiera permitir modificar los tratados contrariamente a lo dispuesto en el derecho interno. En su opinión, hasta la fecha, “este modo de aplicación de un tratado no [había] planteado nunca problemas constitucionales. Normalmente, las modificaciones no alteran las bases principales del tratado y no suscitan objeciones por parte de los parlamentos”<sup>259</sup>.

<sup>248</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, pág. 229, párr. 63 (Francia) (véase la nota 12 *supra*).

<sup>249</sup> *Ibid.*, pág. 231, párr. 75 (Chile); pág. 233, párr. 35 (Uruguay).

<sup>250</sup> *Ibid.*, pág. 228, párr. 58 (Japón); pág. 229, párr. 63 (Francia); pág. 230, párr. 68 (España); pág. 232, párr. 21 (Colombia).

<sup>251</sup> *Ibid.*, pág. 228, párr. 57 (Finlandia).

<sup>252</sup> *Ibid.*, pág. 231, párr. 73 (España).

<sup>253</sup> *Ibid.*, pág. 230, párr. 68 (España); pág. 232, párr. 6 (Estados Unidos de América).

<sup>254</sup> *Ibid.*, pág. 232, párr. 9 (Iraq); pág. 233, párr. 22 (Italia).

<sup>255</sup> *Ibid.*, pág. 235, párr. 51 (Argentina).

<sup>256</sup> *Ibid.*, pág. 236, párr. 57 (Sir Humphrey Waldock).

<sup>257</sup> *Ibid.*, pág. 235, párr. 51 (Argentina); véase también pág. 235, párr. 49 (Camboya).

<sup>258</sup> *Ibid.*, pág. 233, párr. 33 (Austria); pág. 235, párr. 51 (Argentina); véanse también pág. 233, párr. 22 (Italia): “una realidad jurídica que ha existido siempre”, y pág. 235, párr. 48 (Israel).

<sup>259</sup> *Ibid.*, pág. 236, párrs. 55 a 58 (Sir Humphrey Waldock).

122. Se sometió a votación una enmienda para suprimir el proyecto de artículo 38, que fue aprobada por 53 votos a favor, 15 en contra y 26 abstenciones. Tras la Conferencia de Viena, los autores debatieron la cuestión de si el rechazo al proyecto de artículo 38 manifestado en aquella significaba que quedaba excluida la posibilidad de que los tratados se modificaran por medio de la práctica ulterior de las partes. La mayoría de ellos llegó a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no deseaban tratar esta cuestión en la Convención y que, como norma general conforme al derecho consuetudinario en materia de tratados, estos sí se pueden modificar por medio de la práctica ulterior que constituya el acuerdo de las partes a tal efecto<sup>260</sup>.

123. A fin de examinar adecuadamente esta cuestión hoy en día, es necesario determinar en primer lugar si tras la aprobación de la Convención de Viena los tribunales internacionales y la práctica de los Estados han reconocido la posibilidad de que se modifiquen los tratados por medio de la práctica ulterior.

#### i) Corte Internacional de Justicia

124. Aparte del mencionado pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*<sup>261</sup>, parece que la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. No obstante, se ha considerado que, en esencia, en algunas causas sí se reconocía implícitamente esa posibilidad. En particular, es lo que sucedió en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, en la que la Corte afirmó que el Artículo 27 3) de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual las decisiones del

<sup>260</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 138 (véase la nota 103 *supra*); Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 243 a 245 (véase la nota 11 *supra*); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, págs. 51 y 52 (véase la nota 10 *supra*); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pág. 134 (véase la nota 149 *supra*); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213 (véase la nota 67 *supra*); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 432, párr. 23; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 555, párr. 76 (véase la nota 11 *supra*) (está de acuerdo Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, pág. 702, párrs. 10 y 11) (véase la nota 11 *supra*); Distefano, “*La pratique subséquente des États parties à un traité*”, págs. 62 a 67 (véase la nota 10 *supra*); H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three”, *British Yearbook of International Law*, vol. 77, núm. 1 (2006), pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), pág. 934; I. Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, en *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman y D. Kritsiotis, eds. (próximamente), en especial la nota 65 con referencias adicionales; en desacuerdo con esta opinión, en particular (destacando la solemnidad de la conclusión de los tratados frente a la informalidad de la práctica), Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, págs. 89 y 90 (véase la nota 67 *supra*); también se muestra crítico Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, págs. 115 a 117 (véase la nota 79 *supra*) (distingue entre las perspectivas de los tribunales y de los Estados y destaca la importancia de las disposiciones sobre las enmiendas en este contexto).

<sup>261</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213 y ss., en especial pág. 242, párr. 64.

Consejo de Seguridad sobre cuestiones no procedimentales se tomarían incluyendo los votos “afirmativos” de todos los miembros permanentes, no suponía que la abstención de uno o más miembros permanentes constituyera un impedimento para la adopción de resoluciones. Según la Corte, los procedimientos seguidos por el Consejo de Seguridad durante un período extenso ofrecen pruebas abundantes de que las decisiones del Presidente y las posturas adoptadas por los miembros del Consejo, en particular los miembros permanentes, han interpretado de manera continua y uniforme que la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido aceptada de manera general por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto la práctica general de la Organización<sup>262</sup>. Por su parte, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte consideró lo siguiente: “La tendencia cada vez mayor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, a lo largo del tiempo, de ocuparse en forma paralela de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es compatible con lo dispuesto en el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta<sup>263</sup>”.

125. La Corte llegó a esta conclusión aunque el Artículo 12 de la Carta establece que “mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación”. La única razón alegada por la Corte respecto a por qué esa tendencia cada vez mayor a lo largo del tiempo era compatible con lo dispuesto en el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta, es que era una práctica de la Asamblea General, tal como había evolucionado<sup>264</sup>.

126. En esas opiniones consultivas, la Corte reconoció que la práctica ulterior tenía un efecto importante, e incluso decisivo, sobre la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a admitir explícitamente que esa práctica hubiera conducido realmente a una modificación del tratado<sup>265</sup>. Otra razón por la que el valor de esas opiniones puede ser limitado es que se refieren a tratados que establecen una organización internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica en su artículo 5 (que se refiere en particular a las “normas de la organización”) que esos tratados pueden tener un carácter especial. El artículo 2 j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales<sup>266</sup> incluso se refiere a la “práctica establecida” de una organización como una forma específica de práctica ulterior en el ámbito de las organizaciones internacionales. Por tanto, no parecería apropiado inferir una norma general del derecho de los tratados partiendo exclusivamente de precedentes que se refieren a un tipo determinado de tratado respecto del cual la práctica ulterior puede desempeñar un papel específico. También por esta razón las cuestiones de la práctica ulterior y los acuerdos ulteriores en

<sup>262</sup> *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*, pág. 16 y ss., en especial pág. 22, párr. 22.

<sup>263</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136 y ss., en especial pág. 149, párr. 27.

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, pág. 64 (véase la nota 252 *supra*).

<sup>266</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, A/CONF.129/15.

relación con las organizaciones internacionales se tratarán en un informe posterior<sup>267</sup>.

127. Otros casos en los que la Corte ha suscitado la cuestión de un posible efecto modificador de la práctica ulterior de las partes se refieren principalmente a los tratados sobre fronteras. Como señaló la Corte en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*:

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 en el título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho<sup>268</sup>.

128. La causa más conocida en la que la Corte consideró que se había dado esa aquiescencia fue la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que hizo un hincapié decisivo 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)<sup>269</sup>. No obstante, este fallo se dictó antes de que se aprobara la Convención de Viena y, por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena<sup>270</sup>. Además, el fallo no llegó a reconocer explícitamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, puesto 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 fronterizo original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era<sup>271</sup>.

129. En conclusión, si bien la Corte ha aludido a la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, hasta la fecha no ha reconocido explícitamente que se haya producido realmente ese efecto en ningún caso concreto. Más bien la Corte ha recurrido a formulaciones que dejaban abierta la posibilidad de que simplemente se hubiera llegado a una interpretación particularmente amplia o una interpretación muy específica que era difícil reconciliar con el sentido ordinario del texto del tratado, pero que coincidía con la práctica establecida de las partes.

<sup>267</sup> Véase A/67/10, pág. 124, párr. 238, y A/63/10, anexo A, pág. 383, párr. 42.

<sup>268</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

<sup>269</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, (fondo), *fallo de 15 de junio de 1962*, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6 y ss., en especial pág. 30: no cabe duda de que, por su conducta, hubo un reconocimiento muy definido; es claro que las circunstancias tenían tal entidad que exigían algún tipo de reacción; difícilmente se puede imaginar una afirmación más clara del título por parte de la Indochina francesa y, por tanto, exigía una reacción.

<sup>270</sup> M. 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.

<sup>271</sup> *Ibid.*, pág. 26: un hecho, que, de ser cierto, no habría sido menos evidente en 1908. El Magistrado Parra-Aranguren afirmó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* ponía de manifiesto que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión era modificar el tratado, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045 y ss., en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren); Buga, "Subsequent practice and treaty modification", en especial la nota 113 (véase la nota 252 *supra*).

## ii) Tribunales de arbitraje

130. Los tribunales de arbitraje, por otro lado, han confirmado ocasionalmente que la práctica ulterior de las partes puede conducir a una modificación de lo dispuesto expresamente en los tratados y han aplicado esta norma considerándola como tal. En el caso *Eritrea c. Etiopía*, el tribunal de arbitraje llegó a la conclusión de que la frontera, conforme resultaba del texto del tratado, había sido modificada de hecho en determinadas zonas por la práctica ulterior de las partes<sup>272</sup>. También se reconoció una modificación por medio de la práctica ulterior en el caso del *Acuerdo sobre Servicios de Transporte Aéreo*, en el que el tribunal de arbitraje determinó que el Acuerdo sobre Servicios de Transporte Aéreo celebrado entre los Estados Unidos de América y Francia había sido modificado efectivamente por la práctica ulterior de las aerolíneas estadounidenses que viajaban a determinados destinos que no estaban cubiertos por el Acuerdo original. El tribunal de arbitraje afirmó lo siguiente:

Este modo de proceder puede, de hecho, tenerse en cuenta no solo como medio útil de interpretar el Acuerdo, sino también como algo más, es decir, como posible fuente de modificación posterior derivada de determinados actos o actitudes que afecta a la situación jurídica de las partes y a los derechos que cada una de ellas puede legítimamente invocar<sup>273</sup>.

131. No obstante, el pronunciamiento en el caso *Eritrea c. Etiopía* ha sido considerado por un autor como una “excepción aislada”<sup>274</sup> (al menos en el contexto de la determinación de las fronteras) y el laudo del caso del *Acuerdo sobre Servicios de Transporte Aéreo* se dictó antes de que se celebrara la Conferencia de Viena, en donde fue objeto de crítica<sup>275</sup>.

## iii) Organización Mundial del Comercio

132. El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado claro que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de algún tratado, puesto que dejaría de ser la “aplicación” de una disposición

<sup>272</sup> *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, 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, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, págs. 1 y ss., en especial pág. 56, párrs. 209 y 210, en donde el tribunal de arbitraje determinó, en un *obiter dictum*, que la línea fronteriza demarcada prevalecería sobre el Acuerdo si se detectara alguna contradicción.

<sup>273</sup> *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, págs. 5 y ss., en especial págs. 62 y 63.

<sup>274</sup> M. Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 43; no obstante, esta opinión ha sido refutada, véase Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, pág. 20 (véase la nota 115 *supra*), que se refiere al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y al arbitraje sobre *Taba*.

<sup>275</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, pág. 228, párr. 58 (Japón) (véase la nota 12 *supra*); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 89 (véase la nota 66 *supra*).

convencional existente<sup>276</sup>. No obstante, la insistencia del Órgano de Apelación en el sentido de que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior no pueden implicar la modificación de disposiciones aplicables en virtud de los acuerdos cubiertos por la OMC debe considerarse a la luz de lo dispuesto específicamente en el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, según el cual “las 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”.

**iv) Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

133. 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. La causa *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido* se refería a la cuestión de si estaba permitido el traslado de una persona por parte de un Estado parte en el Convenio a otro Estado que no era parte cuando esa persona se enfrentaba a un riesgo real de ser condenada a muerte. En la causa se examinó la cuestión de si el artículo 3 del Convenio, que establece que nadie podrá ser sometido a “penas o tratos inhumanos o degradantes”, se debía interpretar como una prohibición de dicha medida. Sin embargo, esa interpretación del artículo 3 parecía incompatible con el artículo 2 del Convenio, que protege el derecho de toda persona a la vida, de la que no podrá ser privado intencionadamente, “salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito”. En la causa *Al-Saadoon y Mufdhi*, el Tribunal recordó que, en un *obiter dictum* que figuraba en la causa *Soering c. Reino Unido*,

ya había reconocido que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En esa causa el Tribunal aceptó que la práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena capital, podía suponer el establecimiento de un acuerdo entre los Estados contratantes para derogar la excepción indicada en el artículo 2 1) y, por tanto, para suprimir la limitación explícita a la posible interpretación evolutiva del artículo 3 (*ibid.*, págs. 40 y 41, párr. 103)<sup>277</sup>.

134. Aplicando el mismo razonamiento, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión en la causa *Al-Saadoon y Mufdhi*:

Todos menos dos de los Estados miembros ya han firmado el Protocolo núm. 13 y todos menos tres de los Estados que lo han firmado lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica establecida de los Estados de respetar una moratoria sobre la pena capital, son claros indicios de que el artículo 2 ha sido modificado en el sentido de que prohíbe la pena de muerte en todas las circunstancias. En este contexto, el Tribunal no considera que la redacción de la segunda frase del artículo 2 1) siga constituyendo un impedimento para interpretar que la expresión “penas o tratos inhumanos o degradantes” que

<sup>276</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen para la importación, venta y distribución de bananos III*, segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párrs. 391 a 393.

<sup>277</sup> *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, demanda núm. 61498/08, ECHR 2010, párr. 119, refiriéndose a *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 de mayo de 2005, demanda núm. 46221/99, ECHR 2005-IV.

figura en el artículo 3 incluye la pena de muerte (véase la causa *Soering*, anteriormente citada, párrs. 102 a 104)<sup>278</sup>.

135. El Tribunal concluyó que se había infringido el artículo 3 del Convenio cuando un Estado contratante trasladó a una persona en tiempos de guerra a un Estado no contratante, puesto que esa persona se enfrentaba a un riesgo real de ser condenada a la pena capital. Aunque el Tribunal fue bastante explícito en su razonamiento, su reconocimiento de que se había modificado el artículo 2 del Convenio por medio de la práctica de los Estados podría interpretarse como un *obiter dictum* si se considerara que la decisión se basó exclusivamente en el artículo 3. No obstante, ese razonamiento separaría artificialmente dos disposiciones que están estrechamente vinculadas.

**v) Otras cortes y tribunales internacionales**

136. Otras cortes y tribunales internacionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales, y el Tribunal de Justicia Europeo, o bien parece que no han tratado la cuestión o bien no han reconocido que la práctica ulterior de las partes pueda modificar los tratados<sup>279</sup>.

**vi) Práctica de los Estados que no está relacionada con los procedimientos judiciales**

137. Hay varios casos en que los Estados partes en un tratado siguen una práctica que parece que consideran que ha modificado efectivamente el tratado, sin que ninguna corte o tribunal internacional se haya pronunciado al respecto<sup>280</sup>. Entre esos casos figuraría, por ejemplo, la expresión “especies migratorias” conforme a la Convención sobre las Especies Migratorias, concepto que en la actualidad se interpreta en el sentido de que abarca a especies que no son migratorias o dejan de serlo debido al cambio climático<sup>281</sup>. No obstante, esos casos son difíciles de determinar con claridad<sup>282</sup> y es particularmente dificultoso evaluar si una práctica concreta implica la asunción o el acuerdo de las partes conforme al cual se modifica el tratado en cuestión. Se ha sugerido en este contexto que sería “totalmente razonable postular, por ejemplo, que los Estados son muy reacios a permitir que los encargados de resolver las controversias utilicen la conducta ulterior para modificar una relación convencional, pero no tienen inconveniente en convenir entre ellos que un tratado ha quedado modificado basándose en su acuerdo mutuo”<sup>283</sup>.

<sup>278</sup> *Ibid.*, párr. 120; B. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 3 (2013), pág. 523.

<sup>279</sup> Véase “Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, págs. 268 a 275, 282 a 285, 286 a 295 y 295 a 301 (véase la nota 50 *supra*).

<sup>280</sup> “Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, págs. 353 a 356 (véase la nota 229 *supra*).

<sup>281</sup> A. Trouwborst, “Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and its daughter instruments to climate change”, *Diversity*, vol. 4, núm. 3 (2012), págs. 286 a 288; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, en especial la nota 115 (véase la nota 252 *supra*).

<sup>282</sup> Véase, en general, acerca de las dificultades para determinar una práctica de los Estados concluyente, Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 72 (véase la nota 10 *supra*).

<sup>283</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 83 (véase la nota 66 *supra*).

**vii) Evaluación**

138. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales ofrece un panorama dispar. Mientras que algunos no han tratado la cuestión de si la práctica ulterior de las partes puede provocar la modificación de los tratados, la Corte Internacional de Justicia parece haber reconocido esa posibilidad en términos generales, aunque sin aplicarla claramente a ningún caso concreto. Además, parece que la Corte prefiere transmitir la impresión de que una práctica ulterior concreta de las partes se sitúa dentro del ámbito de una interpretación admisible de los tratados. Por otro lado, el Órgano de Apelación de la OMC ha rechazado la posibilidad de que la práctica ulterior de las partes modifique los acuerdos abarcados por esta organización, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido y aplicado esta posibilidad al menos en una causa<sup>284</sup>.

139. Esta situación sugiere las siguientes conclusiones: el caso de la OMC pone de manifiesto que un tratado puede excluir la posibilidad de que la práctica ulterior de las partes lo modifique. Por tanto, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. La causa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también respalda la idea de que el propio tratado es el que tiene el control en primer término y que, en sentido contrario, puede permitir que en ocasiones normas comunes, manifestadas en las legislaciones nacionales o en la práctica del poder ejecutivo, tengan prioridad con respecto al texto del tratado. Por tanto, en último extremo, la cuestión depende en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales correspondientes<sup>285</sup>.

140. No obstante, las normas convencionales que regulan la cuestión (como el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC o un entendimiento reconocido de un tratado conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos) son excepcionales. La situación es más complicada en el caso de los tratados para los que no existan indicaciones semejantes en uno u otro sentido. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede desprender ninguna norma residual clara para esos casos. Sin embargo, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que no se podía excluir totalmente desde el punto de vista jurídico la posibilidad de que los tratados fueran modificados por la práctica ulterior de las partes<sup>286</sup>, consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. Por consiguiente, la Corte está preparada para aceptar interpretaciones muy amplias que pueden ampliar el sentido ordinario de los términos del tratado y posiblemente incluso significados especiales de esos términos.

141. Esta conclusión extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se adecua a determinadas consideraciones generales que se articularon durante los debates sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena. 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 certera,

---

<sup>284</sup> *Al-Saadoon* (véase la nota 269 *supra*).

<sup>285</sup> Buga, "Subsequent practice and treaty modification", en especial las notas 126 a 132 (véase la nota 252 *supra*).

<sup>286</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados<sup>287</sup>. También cabe señalar que no se puede seguir simplemente ignorando la preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena acerca de la posibilidad de que la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional de los distintos Estados<sup>288</sup>. Y, por último, si bien es cierto que no se pone en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda* por el hecho de que la práctica ulterior de todas las partes modifique un tratado, también lo es que la estabilidad de las relaciones convencionales puede verse afectada en caso de que simplemente se reconociera que un medio informal para determinar que hay un acuerdo en forma de una práctica ulterior puede modificar los tratados<sup>289</sup>. También cabe destacar que incluso el Sr. Waldock, en su intervención en la Conferencia de Viena, limitó el posible alcance de la modificación por medio de la práctica ulterior de las partes indicando que esto no debería alterar “las bases principales del tratado”<sup>290</sup>.

142. Por tanto, si bien hay indicaciones en la jurisprudencia internacional de que, en caso de que el tratado no estableciera nada en sentido contrario, la práctica ulterior acordada por las partes puede provocar ciertas modificaciones limitadas de un tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca dicho efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales deberían tratar de considerar la práctica ulterior acordada por las partes como un intento por interpretar el tratado de una determinada manera. Esa labor de interpretación puede tener lugar dentro de un ámbito bastante amplio, puesto que el artículo 31 de la Convención de Viena no otorga prioridad a ningún medio de interpretación en particular que figure en ella, sino que requiere que quien realice esa tarea tenga en cuenta todos los medios de interpretación que procedan<sup>291</sup>.

<sup>287</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 89 (véase la nota 66 *supra*); Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, pág. 47 (véase la nota 107 *supra*); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, págs. 115 a 117 (véase la nota 79 *supra*); J. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 130.

<sup>288</sup> Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, fallo de 19 de junio de 2001, demanda núm. 2 BvE 6/99 (se puede consultar la traducción al inglés en [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.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; J. E. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, 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 ellos en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013).

<sup>289</sup> Véase, por ejemplo, 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”, pág. 274 (véase la nota 262 *supra*) (en particular con respecto a los tratados sobre fronteras).

<sup>290</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, pág. 236, párr. 57 (Sir Humphrey Waldock) (véase la nota 12 *supra*).

<sup>291</sup> Proyecto de conclusión 1, párr. 5, y comentario que lo acompaña (A/68/10, cap. IV, secc. C.1 y secc. C.2); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pág. 117 (véase la nota 79 *supra*); algunos autores opinan que el ámbito de lo que es admisible como “interpretación” es más amplio en el caso

**b) Acuerdos ulteriores**

143. Conforme al artículo 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes”. Por otro lado, el artículo 31 3) a) se refiere a los acuerdos ulteriores “entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” y parece que no trata la cuestión de la modificación. Como señaló el Órgano de Apelación:

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 ...<sup>292</sup>

144. Cuando se consideran conjuntamente los artículos 31 3) a) y 39 se pone de manifiesto que los acuerdos a que llegan las partes con posterioridad a la celebración de un tratado pueden interpretarlo y modificarlo<sup>293</sup>. No es necesario que el acuerdo conforme al artículo 39 revista la misma forma que el tratado al que enmienda (a menos que dicho tratado establezca algo distinto<sup>294</sup>). Al igual que ocurre con los acuerdos conforme al artículo 31 3) a), se puede llegar a un acuerdo de conformidad con el artículo 39 por más medios informales, así como limitarse a modificar o suspender las obligaciones dimanantes del tratado solo para uno o más casos de aplicación de este<sup>295</sup>. Tal como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*:

Cualesquiera que fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este “entendimiento” es vinculante para las partes, en la medida en que le han dado su consentimiento, y las partes deben ajustarse a él de buena fe. Están habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado<sup>296</sup>.

---

de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de las interpretaciones llevadas a cabo por otras instancias, incluido el ámbito de las interpretaciones evolutivas llevadas a cabo por las cortes o tribunales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 243 (véase la nota 10 *supra*); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pág. 555, párr. 76 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>292</sup> OMC, Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos III*, 26 de noviembre de 2008, párrs. 391 a 393 (véase la nota 268 *supra*).

<sup>293</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 88 (véase la nota 66 *supra*).

<sup>294</sup> Según el artículo 39, segunda frase.

<sup>295</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 107 (véase la nota 102 *supra*) con referencia a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, págs. 227 y 228, párrs. 49 a 52 (véase la nota 12 *supra*); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 513, párrs. 7, 9 y 11 (véase la nota 49 *supra*); Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, pág. 706, en especial párr. 16 (véase la nota 11 *supra*).

<sup>296</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 62 y 63, párrs. 128 y 131; la Corte llegó a la conclusión de que en la causa en cuestión no se habían cumplido estas condiciones, en especial págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142.

145. La falta de diferentes requisitos formales para llegar a un acuerdo conforme al artículo 39 o conforme al artículo 31 3) a) es una razón por la que algunos autores consideran que un acuerdo en virtud del artículo 31 3) a) también puede tener el efecto de modificar un tratado<sup>297</sup>. En todo caso, puede ser necesario determinar si un acuerdo está concebido para modificar (conforme al artículo 39) o interpretar (conforme al artículo 31 3) a)) un tratado y, si es así, en qué medida<sup>298</sup>, en particular si se puede establecer la distinción mediante criterios formales, o si depende simplemente de las presuntas intenciones de las partes. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados ofrecen un panorama dispar:

**i) Corte Internacional de Justicia**

146. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, la Corte Internacional de Justicia examinó una alegación según la cual las partes habían obviado un procedimiento previsto en un tratado en el caso concreto de la construcción de ciertas plantas de celulosa, que era el objeto de la controversia, en virtud de un “entendimiento” entre los Ministros de Relaciones Exteriores de la Argentina y el Uruguay acerca de cómo proceder en el asunto. La Corte determinó lo siguiente:

La Corte concluye que el “entendimiento” de 2 de marzo de 2004 solo habría tenido el efecto de exonerar al Uruguay de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7 del Estatuto de 1975, si tal era el objetivo del “entendimiento”, en caso de que el Uruguay hubiese actuado de conformidad con él. En opinión de la Corte, no lo hizo. Por consiguiente, no puede considerarse que ese “entendimiento” haya tenido el efecto de dispensar al Uruguay del respeto de las obligaciones de procedimiento previstas por el Estatuto de 1975<sup>299</sup>.

147. Aunque la Corte aceptó que el “entendimiento” podría haber tenido el efecto de “dispensar al Uruguay del respeto de las obligaciones de procedimiento” previstas en el tratado, no llegó a reconocer que hubiera tenido el efecto de modificar las obligaciones dimanantes del tratado. Esto sugiere que los acuerdos informales que presuntamente derogan obligaciones derivadas de los tratados deberían interpretarse de forma restrictiva. Por tanto, no se excluye que un acuerdo modifique un tratado, pero tampoco se debe presuponer<sup>300</sup>.

**ii) Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos**

148. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha reconocido, aunque solo en un *obiter dictum*, que un acuerdo ulterior de las partes puede provocar la modificación de los Acuerdos de Argel:

<sup>297</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 223 y 224 (véase la nota 66 *supra*) con ejemplos.

<sup>298</sup> En la práctica judicial en ocasiones no es necesario determinar si un acuerdo tiene el efecto de interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial pág. 29, 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).

<sup>299</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial pág. 63, párr. 131.

<sup>300</sup> *Ibid.*, pág. 66, párr. 140; Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pág. 32 (véase la nota 110 *supra*).

[...] No obstante, si las dos partes que crearon el Tribunal, a saber, la República Islámica del Irán y los Estados Unidos de América, acordaran presentar un caso al Tribunal, podría decirse que sería suficiente para otorgarle jurisdicción sobre ese caso, ya que constituiría un acuerdo internacional que modificaría las Declaraciones de Argel con respecto al caso particular. Pero no es esta la cuestión que se está tratando aquí. [...] <sup>301</sup>.

149. En este pronunciamiento se sugiere que la cuestión de si un acuerdo simplemente interpreta o modifica un tratado puede dilucidarse tomando en cuenta los efectos que en él se indican.

**iii) Nota de la Comisión de Libre Comercio de 2001: ¿un acuerdo para interpretar o para modificar?**

150. Conforme al artículo 1131 2) del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio (que es un órgano de carácter intergubernamental) podrá formular una interpretación sobre una disposición del Tratado que será obligatoria para los tribunales establecidos de conformidad con el capítulo XI <sup>302</sup>. La Comisión ha recurrido a esta posibilidad emitiendo una nota interpretativa de fecha 31 de julio de 2001 con respecto al artículo 1105 1) del TLCAN (en lo sucesivo, la “Nota de la Comisión de Libre Comercio”) <sup>303</sup>. La Nota de la Comisión de Libre Comercio aclaraba, entre otras cosas, que la expresión “derecho internacional”, por lo que se refiere al nivel mínimo de trato, debía entenderse referida al “derecho internacional consuetudinario” y que el “trato justo y equitativo” y la “protección y seguridades plenas” no exigían un trato adicional al requerido por el nivel establecido conforme al derecho internacional consuetudinario <sup>304</sup>. La Nota ha sido interpretada de forma diferente por distintos paneles establecidos en virtud del capítulo XI, en particular con respecto a la cuestión de si debería considerarse como una interpretación auténtica conforme al artículo 1131 2) del TLCAN, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) de la Convención de Viena, una enmienda (inadmisible) o una modificación informal (quizás admisible) <sup>305</sup>. Tienen particular relevancia las siguientes decisiones:

151. El panel del caso *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, al evaluar si la Nota de la Comisión de Libre Comercio constituía una interpretación o una

<sup>301</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo provisional núm. ITL 83-B1-FT (contrademanda), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 132.

<sup>302</sup> C. H. Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, núm. 2 (2006), págs. 349 y 350.

<sup>303</sup> “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

<sup>304</sup> Para consultar el texto de las notas de interpretación de determinadas disposiciones del capítulo XI, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, véase [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp); véase también Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, págs. 351 a 354.

<sup>305</sup> Véase, por ejemplo, Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, págs. 354 a 356 y 363; Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, págs. 180, 181 y 216 (véase la nota 101 *supra*).

enmienda, tuvo en cuenta el hecho de que en la propia Nota se indicaba que era una interpretación:

Observamos en este sentido que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio de fecha 31 de julio de 2001 se presenta expresamente como una interpretación de varias disposiciones del TLCAN, incluido el artículo 1105 1), y no una “enmienda” o cualquier otra cosa. [...] Por tanto, no es necesario indagar acerca de la distinción entre una “interpretación” y una “enmienda” del artículo 1105 1). Pero por lo que se refiere a la cuestión de si un documento presentado a un tribunal establecido en virtud del capítulo XI se considera un acuerdo de enmienda con respecto al cual se han seguido los procedimientos constitucionales internos respectivos de las partes necesarios para su entrada en vigor o una interpretación formulada por la Comisión de Libre Comercio conforme al artículo 1131 2), hay que tomar en consideración que contamos con las manifestaciones que las propias partes (todas las partes) llevan a cabo ante el Tribunal. No es posible encontrar una fuente más auténtica y fehaciente que nos oriente sobre qué pretendían expresar las partes en una disposición concreta del TLCAN<sup>306</sup>.

152. El panel del caso *Methanex c. Estados Unidos de América* interpretó la Nota de la Comisión de Libre Comercio como un acuerdo ulterior conforme al artículo 31 3) a):

Con respecto al artículo 1105, la interpretación vigente figura en la interpretación de la Comisión de Libre Comercio de fecha 31 de julio de 2001. Dejando al margen los efectos del artículo 1131 2) del TLCAN, la interpretación de la Comisión de Libre Comercio también ha de examinarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena, ya que constituye un acuerdo ulterior entre las partes en el TLCAN sobre la interpretación del artículo 1105 del Tratado. [...] De ello se desprende que cualquier interpretación del artículo 1105 debería atender al sentido ordinario de la disposición de conformidad con el artículo 31 1) de la Convención de Viena y tener en cuenta la interpretación de fecha 31 de julio de 2001 conforme al artículo 31 3) a) de la Convención de Viena<sup>307</sup>.

153. El panel también examinó la cuestión de si la Nota era interpretativa por naturaleza o suponía una enmienda del TLCAN:

... Incluso suponiendo que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio era un cambio sustantivo trascendental (aunque el Tribunal cree que no lo es con respecto a la cuestión relativa a este caso), Methanex no aporta ningún fundamento de su argumento según el cual los cambios trascendentales realizados en un tratado deben efectuarse únicamente por medio de una enmienda formal en lugar de algún tipo de acuerdo entre todas las partes.

<sup>306</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America* (caso núm. ARB(AF)/00/1), arbitraje del CIADI con arreglo al capítulo XI del TLCAN, 9 de enero de 2003, págs. 84 y 85, párr. 177 ([www.state.gov/documents/organization/16586.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf)).

<sup>307</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI de conformidad con el TLCAN, capítulo XI, laudo definitivo sobre la jurisdicción y el fondo del asunto, 9 de agosto de 2005, parte II, capítulo H, párr. 23 ([www.state.gov/documents/organization/51052.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf)).

El artículo 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados simplemente establece que “un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes”. No se requiere ningún modo concreto de enmienda y muchos tratados prevén su enmienda mediante acuerdo sin exigir una nueva ratificación. Una disposición del tipo del artículo 1131 tampoco choca con las normas internacionales de interpretación. En el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena se dispone lo siguiente: “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”<sup>308</sup>.

154. El panel del caso *Pope y Talbot c. Canadá*, si bien indicó una clara preferencia por considerar que la Nota de la Comisión de Libre Comercio era una enmienda, procedió basándose en la presunción de que se trataba de una “interpretación” llevada a cabo por la Comisión<sup>309</sup>.

155. A pesar de los diferentes juicios que ha merecido la Nota de la Comisión de Libre Comercio en cuestión, los diferentes tribunales no han establecido ningún criterio formal en virtud del cual pueda distinguirse un acuerdo ulterior conforme al artículo 31 3) a) y un acuerdo para modificar un tratado (conforme al artículo 39 o sobre otra base). Más bien han preferido, en la medida de lo posible, considerar que el acuerdo concreto de las partes que se estaba examinando era un acuerdo sobre la interpretación del tratado y no una enmienda o modificación y, por tanto, han aceptado lo que las partes habían pretendido lograr.

#### iv) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

156. Hay ejemplos de la práctica que ponen de manifiesto que los Estados partes en un tratado en ocasiones pretenden llevar a cabo lo que efectivamente parece ser la modificación de un tratado por medio de un acuerdo ulterior, sin recurrir a un procedimiento de enmienda disponible ni llevarlo a término.

157. La Reunión de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar acordó aplazar la primera elección de magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 16 de mayo de 1995 (la última fecha posible conforme al artículo 4 3) del anexo VI de la Convención) al 1 de agosto de 1996<sup>310</sup>. La Reunión de los Estados Partes adoptó una decisión similar respecto a la primera elección de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental<sup>311</sup>. Ambas decisiones se tomaron por consenso. Ninguna de esas decisiones se adoptó siguiendo los procedimientos de enmienda estipulados en los artículos 312 a 316 de

<sup>308</sup> *Ibid.*, cuarta parte, capítulo C, párrs. 20 y 21.

<sup>309</sup> *Pope & Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*, arbitraje de la CNUDMI con arreglo al capítulo XI del TLCAN, laudo sobre la indemnización, 31 de mayo de 2002, págs. 22 y 23, párrs. 46 y 47 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>).

<sup>310</sup> Véase el informe de la Primera Reunión de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Nueva York los días 21 y 22 de noviembre de 1994 (SPLOS/3), pág. 6.

<sup>311</sup> Aunque el artículo 2, párrafo 2, del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establecía como plazo límite para tomar una decisión el 16 de mayo de 1996, en la Tercera Reunión de los Estados Partes se aplazó la decisión hasta el 13 de marzo de 1997 (véase SPLOS/5, párr. 20).

la Convención<sup>312</sup> y sin entablar un debate sobre su legalidad. Sería posible considerar que estas son decisiones que no aplican la Convención en un caso concreto (lo cual supondría que la obligación dimanante del tratado no resulta afectada, sino que simplemente no se cumple). Sin embargo, a la vista de la necesidad de procurar una base jurídica sólida para las elecciones, es más plausible suponer que las partes pretendían modificar la Convención con respecto al caso particular a fin de asegurar dicho efecto.

158. El artículo 4 del anexo II de la Convención establece la posibilidad de ampliar el límite exterior de la plataforma continental más allá de 200 millas marinas de conformidad con el artículo 76 de la Convención y exige que el Estado que lo solicite “presentará a la Comisión las características de ese límite junto con información científica y técnica de apoyo lo antes posible, y en todo caso dentro de los 10 años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención respecto de ese Estado”. Cuando los Estados solicitaron una ampliación del plazo<sup>313</sup>, la Reunión de los Estados Partes decidió que en el caso de los Estados para los que el Tratado hubiera entrado en vigor antes del 13 de mayo de 1999 la fecha de inicio del plazo de diez años comenzaría el 13 de mayo de 1999<sup>314</sup>. Un documento de antecedentes preparado por la Secretaría señaló varias formas para lograr este objetivo, si bien mostró preferencia por un acuerdo ulterior de los Estados partes frente a un proceso formal de enmienda conforme a los artículos 312 o 313 de la Convención o un acuerdo de aplicación<sup>315</sup>. En la Reunión de los Estados Partes la mayoría indicó que esta era una cuestión procedimental y, por tanto, entraba dentro de sus competencias<sup>316</sup>. Los Estados partes decidieron por consenso en este caso que no era necesario recurrir a los artículos 312 a 314 de la Convención. Dada la nitidez con la que se expresa el artículo 76 de la Convención, resulta difícil concebir la decisión de la Reunión de los Estados Partes, incluso aunque se considere un asunto procedimental, como algo distinto de una modificación de esa disposición<sup>317</sup>. Asimismo, está claro que los Estados partes no deseaban reconocer este extremo explícitamente.

#### v) Protocolo de Montreal

159. La dificultad de establecer una distinción entre un acuerdo relativo a la interpretación de un tratado y un acuerdo sobre su modificación se pone también de manifiesto en una decisión de la Reunión de las Partes en el Protocolo de

<sup>312</sup> T. Treves, “The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention”, en *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, A. G. Oude Elferink, ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), págs. 68 a 70.

<sup>313</sup> Véase SPLOS/60, párr. 61.

<sup>314</sup> Véase SPLOS/73, párr. 81; y la decisión sobre la fecha de comienzo del plazo de diez años para presentar información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental previsto en el artículo 4 del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (SPLOS/72).

<sup>315</sup> Véase el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre las cuestiones relacionadas con el artículo 4 del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (SPLOS/64), págs. 7 y 8; véase también SPLOS/73, págs. 13 y 14.

<sup>316</sup> Véase SPLOS/73, pág. 13.

<sup>317</sup> Véase, por ejemplo, Oficina Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, División de Derecho Internacional, tema de la Comisión de Derecho Internacional titulado “Los tratados en el tiempo” (14 de febrero de 2011), pág. 7.

Montreal<sup>318</sup> en virtud de la cual se aprobaron varias enmiendas a ese instrumento<sup>319</sup>. Conforme al artículo 9 5) del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, “entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, al nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido notificación de su ratificación, aprobación o aceptación [...] por un mínimo de dos tercios de las Partes en el protocolo de que se trate, salvo que en ese protocolo se disponga otra cosa”<sup>320</sup>. El Protocolo de Montreal del Convenio de Viena establece un “procedimiento de ajuste” especial<sup>321</sup>, que, como se indicó anteriormente, debe distinguirse de las enmiendas al Protocolo a las que se aplica el artículo 9 5) del Convenio de Viena.

160. En la Segunda Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal, celebrada en Londres, del 27 al 29 de junio de 1990, las partes adoptaron la “decisión II/2” sobre varias enmiendas al Protocolo. Las enmiendas y el procedimiento para su entrada en vigor figuran en el anexo II del informe final de la Reunión de las Partes. El artículo 2 del anexo II establece lo siguiente:

La presente enmienda entrará en vigor el 1 de enero de 1992, siempre que se hayan depositado por lo menos 20 instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de la enmienda por Estados u organizaciones de integración económica regional que sean Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. En el caso de que en esa fecha no se haya cumplido esta condición, la enmienda entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que se haya cumplido dicha condición<sup>322</sup>.

161. Esta decisión de la Reunión de las Partes representa un acuerdo ulterior de las partes que podría decirse que va más allá de una interpretación al establecer una modificación del procedimiento de enmienda estipulado en el régimen convencional del Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal. La práctica ulterior de las partes ha confirmado la decisión adoptada en 1990 mediante decisiones sucesivas que han utilizado el mismo procedimiento de entrada en vigor<sup>323</sup>.

#### vi) Acuerdos ulteriores y procedimientos de enmienda

162. Hay casos en los que las partes en un tratado inician un procedimiento formal de enmienda y, al mismo tiempo, llegan a un acuerdo ulterior más informal sobre la modificación de la disposición del tratado que empiezan a aplicar antes de que haya

<sup>318</sup> Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, 1987 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369).

<sup>319</sup> Véanse, por ejemplo, Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, pág. 31 (véase la nota 175 *supra*); Churchill y Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, pág. 641 (véase la nota 175 *supra*).

<sup>320</sup> Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 1985 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, núm. 26164).

<sup>321</sup> Véase J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, págs. 109 y 110 (véase la nota 188 *supra*).

<sup>322</sup> Informe de la Segunda Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, Londres, 27 a 29 de junio de 1990 (UNEP/OzL.Pro.2/3), decisión II/2 y anexo II, pág. 44.

<sup>323</sup> Para consultar la lista de enmiendas al Protocolo de Montreal, véase el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Secretaría del Ozono ([http://ozone.unep.org/new\\_site/sp/Treaties/treaty\\_text.php?treatyID=3](http://ozone.unep.org/new_site/sp/Treaties/treaty_text.php?treatyID=3)).

finalizado el procedimiento formal de enmienda. En esos casos, se podría suscitar la cuestión de si puede considerarse que el acuerdo ulterior articula de forma fehaciente la obligación dimanante del tratado en tanto en cuanto no concluya el procedimiento formal de enmienda. Un ejemplo de esta práctica se produjo respecto del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (el “Convenio de Basilea”)<sup>324</sup>. Basándose en una solicitud formulada en 1994 en la Primera Conferencia de las Partes por el Grupo de los 77, la Segunda Conferencia de las Partes decidió, por consenso, prohibir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos desde los Estados miembros de la OCDE hacia los Estados que no eran miembros de esta organización<sup>325</sup>. Ahora bien, durante los debates de la Segunda Conferencia de las Partes, algunos Estados expresaron preocupación con respecto a si esta decisión no debía ser más bien adoptada siguiendo el procedimiento formal de enmienda conforme al artículo 17 del Convenio de Basilea<sup>326</sup>. Se siguieron formulando críticas al respecto, en particular en el ámbito interno de algunos Estados partes<sup>327</sup>. En su tercera reunión, celebrada en 1995, la Conferencia de las Partes decidió iniciar una enmienda formal del Convenio de Basilea a fin de prohibir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos desde países miembros de la OCDE hacia países que no eran miembros de esa organización. Esta enmienda todavía no ha entrado en vigor conforme al procedimiento estipulado en el artículo 17 del Convenio. Durante los debates de la Tercera Conferencia de las Partes, varios Estados opinaron que la decisión de recurrir a un procedimiento formal de enmienda en este asunto no privaba de carácter vinculante a la decisión anterior de la Conferencia de las Partes, mientras que otros rechazaron expresamente este punto de vista<sup>328</sup>.

#### vii) Distinción entre acuerdos ulteriores

163. Los anteriores ejemplos procedentes de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados sugieren que a menudo es muy difícil establecer 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 3) a) que no son vinculantes como tales y, finalmente,

<sup>324</sup> Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57).

<sup>325</sup> Véase el informe de la Segunda Reunión 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, Ginebra, 21 a 25 de marzo de 1994 (UNEP/CHW.2/30, decisión II/12).

<sup>326</sup> Véase la decisión III/1, adoptada por la Tercera Reunión 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, Ginebra, 18 a 22 de septiembre de 1995 (UNEP/CHW.3/35); véase también G. Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, en *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum y V. Röben, eds. (Berlín, Springer, 2005), pág. 132.

<sup>327</sup> En Australia, por ejemplo, los parlamentarios estaban preocupados por “la pérdida de soberanía parlamentaria”. Véase Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, pág. 132.

<sup>328</sup> Véase el informe de la Tercera Reunión 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, Ginebra, 18 a 22 de septiembre de 1995 (UNEP/CHW.3/34); véase también Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”.

acuerdos sobre la modificación de un tratado de conformidad con el artículo 39. Parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que se puedan estipular en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre estas diferentes formas de acuerdos ulteriores. No obstante, resulta claro que los Estados y los tribunales internacionales, en general, están preparados para reconocer a los Estados partes una capacidad amplia para interpretar un tratado mediante un acuerdo ulterior. Esa capacidad puede ampliarse e incluso ir más allá del sentido ordinario de los términos del tratado. El reconocimiento de esta amplia capacidad de interpretación de los tratados va acompañado de la reticencia de los Estados y los tribunales a admitir que los acuerdos realmente producen el efecto de modificar los tratados<sup>329</sup>. El caso del Convenio de Basilea no tiene que interpretarse necesariamente como un reconocimiento *ex post* de las partes de que la decisión adoptada por la Conferencia de las Partes requería una enmienda formal, sino que también puede verse como un esfuerzo por evitar el desacuerdo entre ellas recurriendo a un procedimiento “seguro” incluso aunque no fuera estrictamente necesario. No obstante, parece que la puesta en marcha de un procedimiento formal de enmienda sugiere normalmente que las partes consideran que este es jurídicamente obligatorio.

164. La presunción de que un acuerdo ulterior que no cumple los requisitos procedimentales de la cláusula de enmienda de un tratado debería interpretarse de forma estricta en el sentido de que no tiene por objeto modificar el tratado parece incluso tener más fuerza en casos en los que el acuerdo ulterior afectaría al objeto y el fin del tratado, es decir, a un elemento esencial del tratado<sup>330</sup>. Uno de esos elementos esenciales puede ser la creación de determinados derechos individuales por parte del tratado<sup>331</sup>. Sin embargo, si un acuerdo ulterior es suficientemente claro puede incluso contribuir a modificar un elemento esencial de un tratado<sup>332</sup>.

<sup>329</sup> Es posible que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común suponen la modificación de un tratado (véase Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pág. 83 (véase la nota 66 *supra*)).

<sup>330</sup> Véase la directriz 3.1.5. de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión (A/66/10/Add.1, cap. IV. F.2), en especial pág. 351; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 214 (véase la nota 66 *supra*).

<sup>331</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 26 sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1), párr. 4 (que, no obstante, se refiere a la facultad de denunciar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); véase el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 108 (que, no obstante, se refiere a la cuestión de la *lex specialis*); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, en especial las notas 152 a 155 (véase la nota 252 *supra*).

<sup>332</sup> Véase, por ejemplo, Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, pág. 46 (véase la nota 107 *supra*); Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pág. 31 (véase la nota 110 *supra*) (refiriéndose a los acuerdos sobre la privatización de las organizaciones internacionales en materia de satélites de telecomunicaciones INMARSAT, EUTELSAT e INTELSAT a los que se llegó al margen de los procedimientos ordinarios de enmienda); Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States” (véase la nota 101 *supra*).

### c) Conclusión

165. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y la práctica de los Estados confirman que si bien la modificación (o la enmienda) de un tratado por medio de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior convenida pueden, en teoría, distinguirse de su interpretación, en realidad, como afirmó la Comisión con bastante prudencia, “puede difuminarse la línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado por la práctica posterior”<sup>333</sup>. La Corte Internacional de Justicia no ha debatido los criterios para distinguir una interpretación de una modificación por medio de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior convenida. Parece que el enfoque más razonable consiste en considerar que no puede establecerse la línea divisoria entre interpretación y modificación utilizando criterios abstractos, sino que debe inferirse, en primer lugar, del propio tratado, del carácter de la disposición convencional concreta en cuestión y del contexto jurídico en el que esté inmerso el tratado, así como de las circunstancias específicas del caso. En este sentido, un elemento importante que hay que considerar es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional correspondiente. En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*<sup>334</sup>, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar la cuestión abierta respecto de si el término “comercio” había sido modificado por la práctica ulterior de las partes, puesto que decidió que era posible dar a este término una interpretación evolutiva.

166. En razón de las consideraciones expuestas, se plantea la siguiente conclusión:

#### **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.**

## **VIII. Futuro programa de trabajo**

167. Conforme al plan de trabajo inicial<sup>335</sup>, el tercer informe, para el 67º período de sesiones (2015), examinará la cuestión de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales. El informe también podría considerar la práctica de los órganos creados en virtud de tratados, el papel de los tribunales nacionales y otros asuntos que los miembros de la Comisión o los Estados deseen que se examinen en el marco del tema. Dependiendo

<sup>333</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.65.V.2), pág. 58, párr. 25.

<sup>334</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213 y ss., en especial págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66.

<sup>335</sup> Véase A/67/10, párr. 238.

de los progresos realizados se podría presentar un informe final al 68° período de sesiones (2016), en el que se podrían tratar posiblemente otros asuntos. La Comisión podría entonces iniciar un examen de los proyectos de conclusión en conjunto, con vistas a su aprobación final.

## Anexo

### Proyectos de conclusión propuestos

#### Proyecto de conclusión 6

##### Determinación 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 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.

---