

64. El Sr. SABOIA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción para el tema de la expulsión de extranjeros está integrado por el Sr. Candioti, el Sr. Forteau, el Sr. Gómez Robledo, el Sr. Hmoud, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Singh, el Sr. Šturma, el Sr. Vázquez-Bermúdez, el Sr. Wako y Sir Michael Wood, así como el Sr. Kamto (Relator Especial) y el Sr. Tladi (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3205ª SESIÓN

Jueves 15 de mayo de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados⁸² (A/CN.4/666, cap. II, secc. A, A/CN.4/671⁸³, A/CN.4/L.833⁸⁴)

[Tema 6 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/671).

2. El Sr. NOLTE (Relator Especial) recuerda que el método descriptivo adoptado en el marco del tema examinado obedece al objetivo que se persigue, a saber, el establecimiento de un repertorio de la práctica interpretativa. Ese objetivo se basa en el carácter del proceso de interpretación tal como se desprende de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), que no enuncian reglas concretas, sino que requieren que el intérprete tenga en cuenta los distintos medios de interpretación. Los proyectos de conclusión formulados son más indicativos que prescriptivos y tienen por objeto aclarar la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

como medios de interpretación. El informe que la Comisión tiene ante sí contiene seis proyectos de conclusión que van de lo general a lo particular y son la continuación de los cinco primeros proyectos de conclusión, que inscribían los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el marco general de las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y que, en términos generales, fueron acogidos favorablemente por los Estados.

3. El proyecto de conclusión 6 (Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior) recuerda a los intérpretes que, a fin de determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, es preciso —expresión que no deberá entenderse en un sentido prescriptivo— realizar un examen atento, pues se trata de un ejercicio delicado. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior tomados en consideración deben representar una posición asumida por los Estados «acerca de la interpretación de un tratado». La práctica anteriormente seguida «en la aplicación del tratado» (art. 31, párr. 3 *b*) o el acuerdo ulterior acerca «de la aplicación de sus disposiciones» (párr. 3 *a*) son formas específicas de conducta en relación con la interpretación de un tratado. Así pues, los intérpretes deben identificar correctamente esas conductas interpretativas, en especial determinando si la práctica se refiere en efecto a la aplicación del tratado en cuestión.

4. El proyecto de conclusión 7 (Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación) versa sobre los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Dado que se trata de un medio más de interpretación y que los tribunales internacionales valoran la pertinencia de los diferentes medios de interpretación en función de cada caso, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden o no contribuir a reducir o ampliar la variedad de interpretaciones posibles de un tratado en relación con los resultados de la interpretación preliminar a que se refiere el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 hace notar que la jurisprudencia internacional puede conceder a la práctica ulterior un valor interpretativo variable en función de su especificidad en relación con el tratado, sin que ello deba considerarse una norma.

5. El proyecto de conclusión 8 (Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3 *b*, que también podría insertarse después del proyecto de conclusión 9 ya que aborda un aspecto más concreto del tema, precisa la forma y el valor de la práctica ulterior en el sentido del párrafo 3 *b* del artículo 31. Si bien los criterios enunciados permiten determinar el valor interpretativo de la práctica, no son en modo alguno condiciones determinantes de su existencia.

6. El proyecto de conclusión 9 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado) define en su párrafo 1 los requisitos relativos al acuerdo de las partes mencionado en el párrafo 3 *a* y *b* del artículo 31 de la Convención de Viena —sin perjuicio de la definición de «tratado» que figura en el artículo 2 de dicha Convención, a saber, un «acuerdo celebrado por escrito»— y establece el carácter no vinculante del acuerdo de las partes, a fin de

⁸² En su 65° período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 a 5 y los comentarios correspondientes, *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párrs. 38 y 39.

⁸³ Reproducido en *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte).

⁸⁴ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

eliminar la ambigüedad del término «acuerdo», empleado con un sentido jurídicamente vinculante en otras disposiciones de la Convención de Viena. En el párrafo 2, el proyecto de conclusión retoma una posición expresada anteriormente por la Comisión con respecto al valor del silencio de una o más partes en determinadas circunstancias que el Relator Especial ha tratado de ilustrar en su informe. Esa disposición podría, llegado el caso, ser objeto de un nuevo párrafo. Por último, el propósito del párrafo 3, dirigido en particular a los juristas que ejercen en el ámbito interno, poco familiarizados con la práctica internacional, es recordar que el objetivo de un acuerdo o práctica ulterior común no es necesariamente la interpretación de un tratado.

7. El proyecto de conclusión 10 (Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de los Estados partes) versa sobre la adopción de decisiones que pueden dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el marco de una conferencia de los Estados partes en un tratado. La expresión «Conferencia de los Estados Partes», que no figura en la Convención de Viena de 1969 ni en ningún otro tratado de aplicación universal, se refiere en la práctica a la reunión de los Estados partes en un tratado con la finalidad de examinarlo o aplicarlo. Esa es la definición que se propone en el párrafo 1, únicamente a los efectos del proyecto de conclusiones. Quedan excluidos de esa definición los órganos de las organizaciones internacionales; el alcance de las decisiones tomadas por esos órganos en relación con el párrafo 3 *a* y *b* del artículo 31 de la Convención de Viena se examinará más adelante. Como no hay ningún requisito de forma que rijan la formación del acuerdo de las partes en el sentido de estas disposiciones, nada impide que ese acuerdo se concierte en el marco de una conferencia de los Estados partes, a menos que el tratado disponga otra cosa. Así pues, el párrafo 2 supedita a los términos del tratado y al reglamento aplicable el efecto jurídico, con respecto a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes. El párrafo 3 establece una distinción fundamental entre el fondo (intención interpretativa) y la forma (unanimidad o consenso) de la decisión resultante de una conferencia de los Estados partes. En efecto, un acuerdo en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena solo puede ser resultado de una decisión unánime de la conferencia, adoptada con la intención de interpretar el tratado, ya que un simple consenso podría ocultar el desacuerdo de algunos Estados respecto de la intención interpretativa. En cambio, el hecho de que el reglamento de la conferencia no confiera un carácter vinculante a las decisiones que esta adopta no excluye de por sí que tales decisiones constituyan un acuerdo en el sentido del párrafo 3 del artículo 31, ya que ese acuerdo no debe tener necesariamente un carácter jurídicamente vinculante.

8. Por último, el objetivo del proyecto de conclusión 11 (Alcance de la interpretación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior) es determinar el alcance interpretativo de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. En efecto, parece que la jurisprudencia internacional tiende a interpretar de manera muy amplia las disposiciones de los tratados a la luz de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior al tiempo que se interroga sobre la posibilidad de que hayan dado lugar a una modificación

del tratado, vinculando así inextricablemente las cuestiones de la interpretación y la modificación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. El Relator Especial desea reiterar que se trata de temas distintos y que su labor sigue centrada en la interpretación, pero constata, por una parte, que un acuerdo ulterior entre las partes en un tratado puede modificar ese tratado, si cumple las condiciones establecidas en el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, y, por otra parte, que el efecto modificativo de una práctica ulterior objeto de un acuerdo, algo que fue rechazado por los Estados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968 y 1969 pese a la propuesta de la Comisión en ese sentido, todavía no ha sido reconocido expresa y generalmente en la práctica de los Estados ni por los órganos jurisdiccionales internacionales. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 11 se limita a constatar, en el párrafo 1, que el alcance de la interpretación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior puede ser amplio, y a establecer, en el párrafo 2, la presunción de que, cuando adoptan un acuerdo ulterior o una práctica ulterior, las partes en un tratado tienen la intención de interpretar el tratado y no de modificarlo. Esa solución permite conciliar la renuencia a reconocer que la práctica informal de las partes puede dar lugar a una modificación del tratado y la constatación de que la práctica común de las partes constituye una forma preferente de aplicación de los tratados.

9. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que formulen observaciones sobre el segundo informe del Relator Especial.

10. El Sr. MURPHY señala que, en el proyecto de conclusión 6, el Relator Especial no ha estimado oportuno hacer referencia a la posición de las partes con respecto a la aplicación de los tratados y se limita a hacer alusión a la posición que asumen acerca de la interpretación, pues considera que toda aplicación de un tratado conlleva la interpretación de sus disposiciones. De ser así, cabe preguntarse por qué la Convención de Viena de 1969 se refiere explícitamente a ambas, en particular en el artículo 31. Además, es una precisión que la Conferencia de Viena quiso añadir al párrafo 3 *a* de ese artículo⁸⁵, siendo así que no figuraba en el proyecto de artículos inicial elaborado por la Comisión en 1966⁸⁶. La distinción entre los conceptos de interpretación y de aplicación podría tener su origen en la obra de Lord McNair, de la que se desprende que si el significado de un tratado está claro, se aplica este y no se interpreta, ya que la interpretación es un proceso secundario al que solo se recurre cuando es imposible entender el tratado⁸⁷. Dicho de otro modo: si las partes adoptan una decisión sobre la aplicación de un tratado sin precisar el sentido de una disposición, lo importante es su acuerdo

⁸⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 74ª sesión de la Comisión Plenaria, 16 de mayo de 1968, pág. 486, párr. 29.*

⁸⁶ Véase el texto del proyecto de artículo 69 [que luego fue el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969] en *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/CN.4/L.117 y Add.1, pág. 128 (párrafo 3 del proyecto de artículo 69).

⁸⁷ A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 365, nota 1.

sobre la aplicación, no el acuerdo sobre la interpretación. Eso es lo que se pretende recordar con las palabras «o de la aplicación de sus disposiciones». Además, cientos de disposiciones convencionales reconocen la competencia de los tribunales para resolver las controversias en materia de interpretación y aplicación del tratado, y la distinción entre los dos conceptos ha resultado pertinente para muchas resoluciones dictadas a este respecto. Evidentemente, otras posiciones doctrinales coinciden con la adoptada por el Relator Especial, pero, en cualquier caso, no conviene renunciar a una distinción que consagran las disposiciones de la Convención de Viena y ha sido confirmada por una práctica convencional consolidada.

11. A semejanza de otros proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial, el proyecto de conclusión 6 también hace referencia al artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. Es sin duda importante aclarar que la práctica ulterior y los acuerdos ulteriores que no correspondan al ámbito del artículo 31 pueden corresponder al del artículo 32, pero de tanto mencionar este último se corre el riesgo de desdibujar la importante diferencia que existe entre ambos. Sería mejor limitarse a señalar en el comentario que las normas enunciadas en el proyecto de conclusiones pueden ser pertinentes a los efectos del artículo 32 si no pertenecen a la esfera del artículo 31, siempre que esto se aplique a todas ellas.

12. Por último, en lugar de recomendar un «examen atento» del comportamiento ulterior de las partes para verificar si este concierne efectivamente a la interpretación del tratado, sería mejor decir directamente que ese comportamiento no puede ser constatado si las partes están motivadas por otras consideraciones. Por lo tanto, el orador propone modificar la redacción del proyecto de conclusión 6 de la manera siguiente:

«No se puede determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3, si las partes están motivadas por consideraciones que no sean un acuerdo acerca de la interpretación de un tratado o de la aplicación de sus disposiciones».

13. En el proyecto de conclusión 7, el Relator Especial señala que la práctica ulterior puede poner de manifiesto la existencia de cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de una disposición convencional determinada. No obstante, será preciso explicar en el comentario qué se entiende por «margen de discrecionalidad». La idea es que la no aplicación excepcional y temporal de una disposición no modifica la obligación general que emana de esta y no da pie a un amplio «margen de discrecionalidad». El párrafo 1 del proyecto de conclusión 7 parece duplicar el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11, ya que ambos establecen que el comportamiento ulterior puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado ampliando o reduciendo la variedad de interpretaciones posibles. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 debería armonizarse con el proyecto de conclusión 8 porque, en su forma actual, esos dos textos hacen depender el valor de la práctica como medio de interpretación de criterios diferentes. Además, en el primero sería preferible sustituir el término «valor» por «peso», que refleja mejor la idea de la ponderación que ha de hacerse en función de la pertinencia del comportamiento.

14. Con respecto al proyecto de conclusión 8, el Relator Especial explica que la práctica ulterior pertinente no solo incluye el comportamiento externo de un Estado, sino también los actos realizados a nivel interno (véase el párrafo 42 del segundo informe). Sería útil incluir aquí los informes orales y escritos presentados ante los órganos jurisdiccionales internacionales, puesto que también reflejan las opiniones de los Estados acerca de la interpretación de un tratado determinado. El título del proyecto de conclusión parece anunciar las formas que adopta la práctica ulterior, pero el texto solo dice que esas formas pueden ser «diversas», tal y como el proyecto de conclusión 9 indica que no es preciso que los acuerdos ulteriores revistan «una forma en particular». La repetición de esa aclaración es innecesaria. En lo que respecta a los criterios que determinan el valor de la práctica ulterior, el Relator Especial ha optado por mantener la fórmula «concordante, común y coherente», cuyo origen recuerda el párrafo 47 del informe. Sin embargo, aunque la coherencia a lo largo del tiempo puede tener en efecto un peso más o menos grande en la interpretación, el hecho de que la práctica sea «concordante» y «común» no puede ser variable. En este caso no puede haber «medida»: si la práctica seguida en la interpretación del tratado no es común a las partes ni concordante entre ellas, no corresponde a la esfera del párrafo 3 *b* del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Eso es, sin duda, lo que explica que la mayoría de los órganos jurisdiccionales internacionales no hayan adoptado esa fórmula, y la Comisión tal vez debería hacer lo mismo.

15. El título del proyecto de conclusión 9 parece agrupar bajo la expresión «acuerdo de las partes» los dos conceptos distintos, aunque interrelacionados, de acuerdo ulterior relativo a la interpretación del tratado y de práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste dicho acuerdo, cuando conviene seguir distinguiéndolos, como la Comisión optó por hacer en el propio título del tema examinado. El párrafo 2 aborda la cuestión del silencio de un Estado frente a la declaración interpretativa unilateral de otro Estado. Sería útil recordar a este respecto que tal silencio no conlleva una presunción general de aceptación por el primer Estado y, por lo tanto, no puede interpretarse como asentimiento ni como disenso, como la Comisión ha subrayado en repetidas ocasiones en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados⁸⁸. Habría que especificar al menos que, en general, el silencio no basta para llegar a la conclusión de que ha habido un acuerdo, aunque se pueda demostrar lo contrario en un caso concreto. En cuanto al párrafo 3, parece encajar mejor en el proyecto de conclusión 6, que se refiere a las otras motivaciones posibles de las partes.

16. En lo que concierne al proyecto de conclusión 10, es importante mantener la distinción entre las conferencias de los Estados partes que examinan cómo llevar a efecto un tratado y las que examinan el texto en sí del tratado. Contrariamente a lo que se indica en el párrafo 83 del informe, los procedimientos de aceptación tácita o de no objeción no suelen considerarse procedimientos de

⁸⁸ Resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo. El texto de las directrices, y los comentarios correspondientes, que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63º período de sesiones figura en *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 25 y ss.

«enmienda»; en cambio, a menudo son tan «formales» como aquellos por los que un Estado ratifica una modificación. Entre los ejemplos de decisiones de conferencias de los Estados partes que pueden constituir acuerdos ulteriores en el sentido del párrafo 3 a del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, el de las directrices para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco no es pertinente, pues esas directrices, lejos de aclarar la interpretación que debe hacerse del artículo en cuestión, tienen la finalidad de «ayudar a las Partes a cumplir sus obligaciones» a tenor de dicho artículo, e indican que las definiciones de los términos se incluyen «[a] los efectos de estas directrices»⁸⁹. Sería un mejor ejemplo la decisión BC-10/3 adoptada en 2011 por la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación⁹⁰. Por último, el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 podría fusionarse con el del proyecto de conclusión 7, como se ha señalado antes.

17. El Sr. FORTEAU se felicita de que el Relator Especial haya mencionado los fallos recientemente dictados por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. el Japón: intervención de Nueva Zelandia)* y la causa relativa a una *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, aunque esta última, que se refiere a la interpretación de un acuerdo tácito y no de un tratado, no es totalmente pertinente en relación con el tema examinado. También se podría citar la causa relativa al *Buque «Virginia G» (Panamá/Guinea-Bissau)*, en la que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar interpreta un tratado recurriendo a la práctica ulterior, aunque lamentablemente no hace alusión a las normas consuetudinarias de interpretación enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

18. En cuanto al alcance del proyecto, el orador duda que sea oportuno tratar las cuestiones relativas a la aplicación del tratado o su modificación cuando el tema que se examina versa sobre la interpretación de los tratados. Se muestra muy reacio en lo referente al párrafo 3 del proyecto de conclusión 9 y más aún en relación con el proyecto de conclusión 11, en tanto en cuanto le parece imposible que, como se hace en el párrafo 2, se establezca por principio que el acuerdo ulterior o la práctica ulterior tienen un efecto de interpretación y no de modificación: eso depende en realidad de las circunstancias. La afirmación contenida en el mismo párrafo, según la cual «[l]a posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior de las partes no ha obtenido un reconocimiento generalizado», tampoco le convence. En las opiniones consultivas emitidas en las causas relativas a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados*

⁸⁹ OMS, «Directrices para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco», *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Directrices para la aplicación: artículo 5.3, artículo 8, artículos 9 y 10, artículo 11, artículo 12, artículo 13, artículo 14*, 2013, págs. 123 y 124; disponible en el sitio web de la OMS: www.who.int.

⁹⁰ *Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (UNEP/CHW.10/28)*, págs. 33 y ss.

la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (*África Sudoccidental*), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad y a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia parece haber reconocido más bien que la práctica ulterior puede dar lugar a la modificación del tratado.

19. Por lo que se refiere a la naturaleza de los trabajos sobre el tema, el orador no acaba de entender si el objetivo del Relator Especial es redactar una guía de la práctica detallada o unas conclusiones con cierto alcance normativo, aunque cabe dudar de esta última hipótesis al leer algunos proyectos de conclusión que son puramente descriptivos y no constituyen verdaderos enunciados jurídicos. Por ejemplo, decir en el proyecto de conclusión 6 que la determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior exige «un examen atento» resulta de poca utilidad. En cuanto al párrafo 2 del proyecto de conclusión 7, su lectura deja al lector, cuando menos, desconcertado: afirmar que el valor de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación puede depender, entre otros factores, de su especificidad no es muy esclarecedor. La cuestión que se plantea no es saber si la especificidad de la práctica ulterior o el acuerdo ulterior «puede» tener o no un efecto, sino determinar si tiene un efecto jurídico y si debe tenerse en cuenta, observación que también cabe hacer con respecto al párrafo 2 del proyecto de conclusión 10. Así pues, habría que añadir los complementos adecuados a esos proyectos de conclusión, como los mencionados con acierto en el párrafo 22 del informe, para dotarlos de mayor fuerza normativa.

20. Es cierto que, desde el punto de vista jurídico, hay otros proyectos de conclusión que son más sólidos, pero en esos casos su normatividad es la que plantea problemas. Así, cabe dudar de la pertinencia de los tres criterios propuestos en la segunda oración del proyecto de conclusión 8, dado que los tribunales internacionales no se limitan a aplicar esos tres criterios, sino que también invocan la claridad, el carácter indiscutible de la práctica o su antigüedad. Además, en la causa *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, la Corte Internacional de Justicia otorgó más importancia a la práctica cercana a la fecha de celebración del acuerdo. Se podría argumentar, desde una perspectiva más sustantiva, que todo depende de las circunstancias de cada caso, que ese margen de discrecionalidad está más relacionado con el régimen de la prueba que con las normas de interpretación y que, por consiguiente, sería difícil establecer criterios en la materia. Así pues, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia)*, la Corte Internacional de Justicia se limitó a verificar si la práctica establecía un acuerdo sin enunciar criterios generales para llegar a esa conclusión. El Relator Especial también ha recordado que tal es el procedimiento habitual de los órganos jurisdiccionales internacionales, a excepción del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo que deberá tenerse en cuenta.

21. En relación con cuestiones de derecho más concretas, el orador persiste en su idea de que un acuerdo ulterior, en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, tiene un efecto vinculante para el intérprete. Después de releerla con detenimiento, el orador

no considera que la jurisprudencia citada por el Relator Especial en su informe pueda servir de base al párrafo 1 del proyecto de conclusión 9. El comentario del proyecto de conclusión 4, aprobado en el período de sesiones anterior, tampoco ofrece más explicaciones acerca de los elementos en que se basa el Relator Especial. Ahora bien, cuesta entender cómo podría un órgano jurisdiccional no considerarse vinculado por un acuerdo entre todas las partes en el tratado acerca de la interpretación concreta que ha de dársele, incluso en las situaciones en que ese acuerdo ulterior surja al margen de los procedimientos institucionales previstos para la interpretación del tratado. De ese modo, en su decisión de 24 de abril de 2012 en el asunto *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación de la OMC consideró en primer lugar que la Decisión Ministerial de Doha⁹¹ no era una interpretación multilateral en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio⁹². A continuación, estimó que esa decisión podía constituir perfectamente un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena⁹³, sobre la base del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión en 1966, y sus comentarios⁹⁴. Para el Órgano de Apelación, los acuerdos que «concretamente guardan relación» con la interpretación de un tratado «deben» tenerse en cuenta en su interpretación, dado que, de conformidad con el proyecto de artículos precitado, un acuerdo de ese tipo «debe ser tenid[o] en cuenta a efectos de la interpretación del tratado»⁹⁵. Por consiguiente, se diría que el Relator Especial ha optado por una concepción demasiado amplia de la noción de acuerdo, lo que desdibuja la distinción entre los medios de interpretación del artículo 31 y los del artículo 32: un compromiso no vinculante tiene cabida en el artículo 32, pero no en el artículo 31.

22. Aunque apoya plenamente la conclusión del Relator Especial sobre la función del silencio como elemento constitutivo de un acuerdo en el sentido del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, el orador hace notar que, en la causa *Buque «Virginia G»*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar consideró que «la ausencia de objeción formal» a la legislación de varios Estados relativa al aprovisionamiento de buques extranjeros ponía de manifiesto que se trataba de una «práctica generalmente aceptada» (párrafo 218 de la sentencia). En cuanto al proyecto de conclusión 6, el orador duda que se pueda tratar del mismo modo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Dista de poder darse por

⁹¹ «Decisión Ministerial sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación», de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/17; véase OMC, *Los Textos de la Ronda de Doha y Documentos Conexos*, 2009, pág. 43; disponible en la siguiente dirección: www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/doha_round_texts_s.pdf.

⁹² OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/AB/R, párr. 255; disponible en la siguiente dirección: www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_reports_s.htm.

⁹³ *Ibid.*, párr. 268.

⁹⁴ *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, párr. 243 (párrafo 14 del comentario del proyecto de artículo 27).

⁹⁵ *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* (véase la nota 92 supra), párrs. 265 y 269.

sentado que lo que se dice en ese proyecto de conclusión sobre la práctica ulterior en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena sea válido también para la práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Por último, contrariamente a lo que indica su título, el capítulo VI del segundo informe no está dedicado a la cuestión fundamental del alcance interpretativo de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior, que se aborda en realidad en los proyectos de conclusión 7 y 8. A este respecto, el orador no alcanza a ver la diferencia entre el efecto, el valor y el alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, y considera que esos términos, en gran medida equivalentes, empleados en los proyectos de conclusión 7, 8 y 11, podrían reagruparse en una única conclusión.

23. El Sr. MURASE señala que, dado que el interés de los apartados *a* y *b* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 reside en gran parte en su ambigüedad, que deja a los Estados y los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales cierto margen de maniobra, la Comisión debería tratar de encontrar un equilibrio adecuado entre la flexibilidad y la precisión en la redacción de sus proyectos de conclusión. No es tarea fácil, como dejan patente los proyectos de conclusión 6, 9 y 11, cuya utilidad dista de estar clara. El orador se pregunta incluso si no sería mejor adoptar «proyectos de directriz» en lugar de «proyectos de conclusión», pues considera que la noción de conclusión es demasiado limitada.

24. El orador observa con preocupación la ausencia de consideraciones relacionadas con el elemento temporal, de vital importancia, y sostiene que la Comisión debería determinar a partir de qué momento se puede considerar que una disposición convencional constituye una práctica ulterior, lo que podría hacerse en el proyecto de conclusión 8. También es importante establecer con mayor precisión en qué momento termina la interpretación de las disposiciones convencionales y comienza su aplicación.

25. No es seguro que se puedan tratar las conferencias de los Estados partes como si fueran todas iguales. Como sus atribuciones y funciones varían según el tratado multilateral al que se refieran, su pertinencia dista de ser igual desde el punto de vista de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Tampoco hay que olvidar que, debido a su propia naturaleza, ciertas disposiciones convencionales no pueden ser interpretadas por medio de los acuerdos ulteriores ni la práctica ulterior. Por esa razón, en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10, convendría incluir las palabras «y según la naturaleza de la disposición de que se trate» después de «En función de las circunstancias» y las palabras «o no» después del verbo «puede». El orador considera, además, que, contrariamente a lo que da a entender el párrafo 3 del proyecto de conclusión 10, el consenso no siempre se puede equiparar a un «acuerdo», lo que debería precisarse en el comentario.

26. El orador también desea destacar lo que considera una contradicción en el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*: a los efectos de la interpretación del artículo VIII del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, la Corte consideró

al principio que las resoluciones y directrices de la Comisión Ballenera Internacional relativas al uso de métodos no letales⁹⁶ eran instrumentos que «por lo tanto, no [podían] considerarse constitutivos de un acuerdo ulterior [...], ni una práctica ulterior [...] porque se adoptaron sin el apoyo de todos los Estados partes en el Convenio y, en particular, sin el aval del Japón» y se refirió después a «los importantes avances logrados en relación con las técnicas no letales en los últimos veinte años» (párrafos 83 y 137 del fallo). Por último, el orador desea hacer hincapié en que convendría estructurar mejor los proyectos de conclusión 7 (párr. 2), 8 y 11, que coinciden parcialmente. En cuanto al proyecto de conclusión 4, relativo a la definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior, opina que debería insertarse antes del proyecto de conclusión 3, que es una disposición de fondo.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

3206ª SESIÓN

Viernes 16 de mayo de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caffisch, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (continuación) (A/CN.4/666, cap. II, secc. A, A/CN.4/671, A/CN.4/L.833)

[Tema 6 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. PARK señala que los seis nuevos proyectos de conclusión parecen ser bastante generales y descriptivos. Dado que la Comisión tiene que proporcionar orientaciones precisas a los Estados, que son los primeros en interpretar los tratados, parte de la terminología empleada en el proyecto de conclusiones debería modificarse o mejorarse.

⁹⁶ G. Donovan (ed.), «Annex Y to the Report of the Scientific Committee. Guidelines for the review of scientific permit proposals», *The Journal of Cetacean Research and Management*, vol. 3, Suppl. (junio de 2001), págs. 371 y 372; y G. Donovan (ed.), «Annex P to the Report of the Scientific Committee. Process for the review of special permit proposals and research results from existing and completed permits», *ibíd.*, vol. 16, Suppl. (abril de 2015), págs. 349 a 353. Disponibles en línea en el sitio web de la Comisión Ballenera Internacional: https://iwc.int/home_Publications.

2. En el proyecto de conclusión 6, las palabras «es preciso realizar un examen atento» y «si están motivadas por otras consideraciones» son un tanto ambiguas, al igual que las palabras «en particular reduciendo o ampliando» y «puede depender, entre otros factores, de la especificidad de ese acuerdo o práctica» que figuran en el proyecto de conclusión 7. De hecho, el orador pone en tela de juicio el contenido del proyecto de conclusión 7, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el único tribunal internacional que se limita a realizar evaluaciones comparativas amplias de la práctica ulterior. A pesar de la inclusión de las palabras «puede» y «entre otros factores», el segundo párrafo de dicho proyecto de conclusión no parece reflejar la diversidad de la jurisprudencia internacional. Es dudoso que la especificidad se deba considerar un criterio para determinar el valor de la práctica ulterior.

3. Con respecto al proyecto de conclusión 8, el orador señala que si un determinado comportamiento es consentido por todos los Estados partes en un tratado, a tenor del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969, tal comportamiento debería considerarse un acuerdo ulterior, en vez de una práctica ulterior. La práctica ulterior, en el sentido del artículo 31, párrafo 3, exige una «serie concordante, común y coherente de actos», como declaró el Órgano de Apelación de la OMC (véase el párrafo 44 del segundo informe del Relator Especial, A/CN.4/671). Sin embargo, la expresión «concordante, común y coherente» requiere un examen más detenido, ya que solo ha sido empleada por el Órgano de Apelación.

4. En cuanto al proyecto de conclusión 9, el orador no está seguro de que el término «acuerdo», tal y como se utiliza en el artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena tenga un significado idéntico al sentido en el que se emplea en el párrafo 3 *b*. El acuerdo mencionado en el artículo 31, párrafo 3 *a*, requiere la existencia de un «acto común único» que demuestre el acuerdo entre las partes, mientras que una línea de conducta común única no es necesaria en el caso del acuerdo al que se hace alusión en el artículo 31, párrafo 3 *b*, donde ese término significa que la práctica ulterior ha de reflejar un «entendimiento común» entre las partes. Por lo tanto, habría que modificar el proyecto de conclusión 9 y titularlo «Acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*». Se podría añadir otro proyecto de conclusión que estableciera que el acuerdo a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a*, significa un «acto común único». En ese caso se plantea la cuestión de si el acuerdo tácito o la aquiescencia puede considerarse un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3.

5. Con respecto al proyecto de conclusión 10, tal vez convendría examinar más a fondo las funciones de las distintas conferencias de los Estados partes y el efecto jurídico de las decisiones aprobadas en esas conferencias, como se indica en el párrafo 2. En ese párrafo deberían insertarse las palabras «en el contexto de la interpretación de los tratados».

6. En el capítulo VI del segundo informe, en especial en el párrafo 116, se señalan las cuestiones clave: en qué medida pueden contribuir a la interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 y si los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener como