Naciones Unidas A/CN.4/660

Asamblea General

Distr. general
19 de marzo de 2013
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional
65° período de sesiones
Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y
8 de julio a 9 de agosto de 2013

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

Informe de Georg Nolte, Relator Especial

Índice

Página

I. Introducción y labor anterior de la Comisión . . . 3
II. Alcance, objetivo y posible resultado de la labor . . . 5
III. Regla general y medios de interpretación de los tratados . . . 8
1. Corte Internacional de Justicia . . . 8
2. Órganos judiciales en el marco de regímenes internacionales de carácter económico . . . 9
3. Tribunales de derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos . . . 11
4. Otros órganos judiciales internacionales . . . 13
5. Conclusión: proyecto de conclusión 1 . . . 15
IV. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación . . . 17
1. Reconocimiento por parte de órganos judiciales internacionales . . . 17
2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior entre los diferentes medios de interpretación . . . 22
3. Interpretación contemporánea y evolutiva . . . 26
4. Conclusión: proyecto de conclusión 2 . . . 31

13-26478 (S) 230413 290413

Se ruega reciclar

V. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medios de interpretación de un tratado . . . 32
1. Acuerdo ulterior . . . 32
2. Práctica ulterior . . . 41
3. Conclusión: proyecto de conclusión 3 . . . 50
VI. Atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado . . . 52
1. Alcance de la práctica estatal pertinente . . . 52
2. Atribución a Estados de un comportamiento por agentes privados y factores sociales . . . 54
3. Práctica de otros agentes como prueba de la práctica estatal . . . 58
4. Conclusión: proyecto de conclusión 4 . . . 62
VII. Futuro programa de trabajo . . . 63

I. Introducción y labor anterior de la Comisión

1. En su 64º período de sesiones, en la 3136ª sesión celebrada el 31 de mayo de 2012, la Comisión decidió modificar la estructura de la labor sobre el tema "Los tratados en el tiempo" y nombrar a Georg Nolte como Relator Especial* para el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"[1]. El presente informe parte de la labor anterior de la Comisión sobre "Los tratados en el tiempo" y la continúa.

2. El tema "Los tratados en el tiempo" fue incluido en el programa de trabajo de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)[2]. En su 61º período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Nolte[3]. En el 62º período de sesiones (2010), el Grupo de Estudio emprendió su labor sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, tomando como base un informe introductorio elaborado por su Presidente acerca de la jurisprudencia en la materia de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales de arbitraje de jurisdicción especial[4]. En el 63º período de sesiones (2011), el Grupo de Estudio comenzó el examen del segundo informe del Presidente sobre la jurisprudencia establecida en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, centrándose en 12 de las conclusiones generales que en él se proponían[5]. Basándose en las discusiones mantenidas en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de su proyecto de conclusiones hasta transformarlo en nueve conclusiones preliminares[6].

3. En el 64º período de sesiones (2012), el Grupo de Estudio finalizó su análisis del segundo informe de su Presidente[7]. Al hacerlo, el Grupo de Estudio examinó seis conclusiones generales adicionales propuestas en el segundo informe. Teniendo en cuenta los debates celebrados en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de lo que se convirtieron en seis conclusiones preliminares adicionales[8]. El Grupo de Estudio convino en que las conclusiones preliminares de su Presidente volvieran a ser examinadas y ampliadas a la luz de futuros informes del recién nombrado Relator Especial[9]. Además de analizar el resto del segundo informe, el

---

* El Relator Especial reconoce con gratitud la asistencia para la investigación en la preparación del presente informe prestada por Katharina Berner, Stefan Raffeiner y Alejandro Rodiles Bretón y la asistencia técnica de Prisca Feihle y Moritz von Rochow (todos ellos, de la Universidad Humboldt de Berlín).

1 A/67/10, párr. 269.

2 A/63/10, párr. 353: por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibid.*, anexo A. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, tomó nota de la decisión.

3 A/64/10, párrs. 220 a 226.

4 A/65/10, párrs. 344 a 354. Los informes introductorio, segundo y tercero, que originalmente eran documentos de trabajo oficiosos, se incluirán en la publicación de próxima aparición, Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013).

5 A/66/10, párrs. 336 a 341.

6 Puede consultarse el texto de las nueve conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio en *ibid.*, párr. 344.

7 A/67/10, párrs. 225 a 239.

8 Puede consultarse el texto de las seis conclusiones preliminares adicionales del Presidente del Grupo de Estudio en *ibid.*, párr. 240.

9 *Ibid.*, párr. 231.

Grupo de Estudio examinó también partes del tercer informe, relativo a los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por los Estados al margen de los procedimientos judiciales y cuasijudiciales, que había preparado su Presidente[10].

[10] *Ibid*., párrs. 232 a 234.

II. Alcance, objetivo y posible resultado de la labor

4. El objetivo original de la Comisión para realizar labores sobre el tema "Los tratados en el tiempo" dentro del formato de un Grupo de Estudio había sido conceder a los miembros la oportunidad de examinar si el tema se debería enfocar en sentido amplio (lo que también habría incluido, entre otras cosas, un tratamiento exhaustivo de la terminación y la enmienda oficial de los tratados) o si debería limitarse más estrechamente, centrándolo en el aspecto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Los debates mantenidos en el Grupo de Estudio han llevado a convenir, de acuerdo con la opinión originalmente expresada por el Presidente, en que convendría más limitar el tema al aspecto más restringido de los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Finalmente, el Grupo de Estudio convino en que la labor futura girase en torno a los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a efectos de la interpretación (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 31) y aspectos conexos[11], como se explica en la propuesta original del tema[12]. De acuerdo con la propuesta original, esos medios de interpretación son importantes debido a la función que desempeñan con respecto a la interpretación de los tratados en el tiempo:

> A medida que los tratados importantes van teniendo más años, en particular los tratados normativos del período posterior a 1945, se aplican en un contexto cada vez más distinto de aquel en que fueron concebidos. Por este motivo aumenta la probabilidad de que algunas de sus disposiciones sean objeto de nuevas interpretaciones e incluso posiblemente de modificaciones oficiosas. Eso puede afectar tanto a las normas técnicas como a las normas sustantivas más generales. Al evolucionar su contexto, los tratados corren peligro de quedar "congelados" en un estado en que son menos capaces de cumplir su objeto y fin o bien de perder su fundamento en el acuerdo de las partes. Las partes en un tratado normalmente desean preservar su acuerdo, aunque de manera que se ajuste a las exigencias del momento presente. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior tienen por objeto hallar un criterio flexible de aplicación e interpretación de los tratados, que sea al mismo tiempo racional y previsible[13].

5. En el presente informe, de acuerdo con los debates mantenidos en el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo en el 64º período de sesiones de la Comisión (2012), se sintetizan elementos de los tres informes del Grupo de Estudio[14] y se toman en consideración los debates celebrados dentro de ese Grupo. En el informe figuran las propuestas de cuatro proyectos de conclusiones, explicadas por comentarios, que abarcan algunos aspectos básicos del tema. Debido a determinadas limitaciones, sobre todo limitaciones de espacio, no ha sido posible sintetizar la totalidad de los tres informes del Grupo de Estudio en el presente informe. No obstante, el Relator Especial confía en que será posible sintetizar el resto de esos informes en otro informe, que abarcará otros aspectos más concretos del tema. Prevé que la labor sobre el tema se finalice, como se había previsto, dentro del quinquenio en curso (véase el programa de trabajo en el capítulo VII).

---

[11] *Ibid.*, párr. 238.
[12] A/63/10, anexo A, párrs. 11 y ss.
[13] *Ibid.*, párr. 14.
[14] Véanse las notas 4, 5 y 10.

6. El objetivo del examen del presente tema es analizar la función que desempeñan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados y así impartir cierta orientación a quienes interpretan o aplican tratados. Ese grupo incluye a magistrados (en los planos internacional y nacional), funcionarios de Estados y organizaciones internacionales, universitarios y otros agentes privados. Los materiales y los análisis que figuran en el presente informe y en los futuros, así como las conclusiones de la Comisión, deberían proporcionar una referencia común y contribuir así, en la medida de lo posible y de lo razonable, a un criterio común y uniforme sobre la interpretación y aplicación de los tratados concretos. El presente informe se basa fundamentalmente en la jurisprudencia de un grupo, esperamos que representativo, de tribunales internacionales y otros órganos judiciales[15] y en ejemplos documentados de la práctica de los Estados. El conjunto de todo ello constituye un elemento, necesariamente incompleto, de un repertorio de la práctica. Como se formula en la propuesta original del tema de los tratados en el tiempo:

> [El objetivo] del examen del tema debería ser la extracción de algunas conclusiones o directrices generales a partir del repertorio de la práctica. Dichas conclusiones o directrices no deberían dar lugar a un proyecto de convención, por el simple hecho de que las directrices de interpretación raramente se codifican, incluso en los ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, tales conclusiones o directrices generales podrían ofrecer a quienes interpretan y aplican los tratados orientación con respecto a las posibilidades y los límites de un medio de interpretación cada vez más importante que es específico del derecho internacional. Esas conclusiones o directrices nunca serían una camisa de fuerza para los encargados de la interpretación, ni tampoco los dejarían en el vacío. Constituirían un punto de referencia para todos los que interpretan y aplican los tratados, contribuyendo así a un entendimiento común de base, minimizando posibles conflictos y mejorando la eficacia del proceso interpretativo[16].

7. La delimitación del presente tema con respecto a otros temas está bastante clara. Un tema que podría suscitar dudas al respecto es “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”. A ese respecto, el Relator Especial coincide con la opinión de Sir Michael Wood, Relator Especial sobre el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en que, mientras que los efectos de los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario están incluidos en ese tema, la función que cumple el derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados es parte del presente tema. No hace falta decir que el tema no se refiere a la determinación del contenido de normas convencionales concretas, sino que más bien se centra en dilucidar la función y los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la

---

[15] El término jurisprudencia se utiliza en el sentido de determinaciones jurídicas en causas particulares efectuadas por órganos judiciales competentes integrados por miembros independientes. Esas determinaciones jurídicas no se limitan a fallos vinculantes de tribunales internacionales, sino que incluyen también los “dictámenes” del Comité de Derechos Humanos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El informe abarca únicamente pronunciamientos de órganos judiciales que se concentran en determinaciones sobre puntos de derecho (no sobre cuestiones de hecho), que son suficientemente accesibles y que ya han generado una cantidad importante de decisiones.

[16] A/63/10, anexo A, párr. 22.

práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Otro tema que podría tener puntos de contacto es “Aplicación provisional de tratados”. Sin embargo, el foco de atención de ese tema no parece ser el efecto de la aplicación provisional sobre la interpretación de un tratado[17].

[17] A/67/10, párrs. 144 a 155.

III. Regla general y medios de interpretación de los tratados

8. Los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a efectos de la interpretación de los tratados depende, en primer lugar, de la regla general sobre la interpretación de los tratados. Esa regla general, compuesta por distintas subnormas o elementos, está codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que fue aprobada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980[18]. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha reconocido que esa regla general sobre la interpretación de los tratados refleja el derecho internacional consuetudinario[19]. Junto con el artículo 32, en el artículo 31 de la Convención se enumeran varios "medios de interpretación" pertinentes[20] (entre ellos "el acuerdo ulterior" y "la práctica ulteriormente seguida" como "medios de interpretación auténticos"[21]) que habrán de tenerse en cuenta en el proceso de interpretación.

9. Está generalmente reconocido que el artículo 31 de la Convención de Viena "no se debe tomar en el sentido de que establezca un orden jerárquico" de los distintos medios de interpretación que en él figuran, sino que estos se han de aplicar "en una única operación conjunta"[22]. De ese modo, la aplicación de la regla general sobre la interpretación de los tratados a distintos tratados, o disposiciones de un tratado, en cada caso concreto puede hacer que se dé distinta importancia a los diversos medios de interpretación que en ella figuran, en particular que se dé mayor o menor importancia al texto del tratado o a su objeto y fin. Así lo confirma la jurisprudencia de diversos órganos judiciales internacionales representativos.

1. Corte Internacional de Justicia

10. Después de un período inicial de vacilaciones[23], la CIJ comenzó a remitirse a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena en la década de 1990[24]. Desde entonces, la Corte fundamenta sistemáticamente su interpretación de los tratados en la regla general y los demás medios de interpretación con arreglo a los artículos 31 y

---

[18] Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (aprobada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232.

[19] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (Fallo) [2009], *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, párr. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Fallo) [2007], *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, párr. 160.

[20] Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 32, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. 2, págs. 239 a 245, párrs. 2, 5, 8, 10, 15, 18 y 19.

[21] *Ibid.*, pág. 243, párr. 15; véase la secc. IV *infra*, párrs. 30 y 64 (proyecto de conclusiones 2).

[22] *Ibid.*, pág. 241, párr. 8.

[23] Con respecto a los diferentes períodos en la recepción de las reglas de Viena por parte de la CIJ, véase S. Torres Bernárdez, "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Viena Convention on the Law of Treaties", en G. Hafner and others (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern (in honour of his 80th birthday)* (Kluwer Law International, 1998), pág. 721; véase también R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2010), págs. 12 y ss.

[24] *Arbitral Award of July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)* (Fallo) [1991], *I.C.J. Reports 1991*, pág. 53, párr. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras, Nicaragua intervening)* [1992], *I.C.J. Reports 1992*, pág. 347, párrs. 373 y 376.

32 de la Convención de Viena[25]. Generalmente, la Corte reafirma también que son de naturaleza consuetudinaria, lo que le permite aplicar las reglas que figuran en ellos cuando una o más partes en la controversia no son partes en la Convención de Viena y en relación con los tratados celebrados antes de que entrase en vigor en 1980[26].

2. Órganos judiciales en el marco de regímenes internacionales de carácter económico

11. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) fundamenta su práctica de interpretación de los tratados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena[27]. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación habitualmente se concentran en el texto del acuerdo respectivo[28]. Hasta la fecha, el Órgano de Apelación no ha concedido una especial importancia al objeto y fin como medio de interpretación[29]. Solo ha recurrido en algunas ocasiones a una interpretación evolutiva[30] o ha aplicado el principio de efectividad para evitar "una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado"[31].

12. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos también ha reconocido las reglas de interpretación enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de

---

[25] Puede consultarse un caso reciente en *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (Fallo) [5 de diciembre de 2011], párr. 91 (http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf, consultado el 7 de marzo de 2013).

[26] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 19); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory* (Opinión consultiva) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, párr. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Fallo) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, párr. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)* (Fallo) [2002], *I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, párr. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America*) (Fallo) [2001], *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, párr. 99; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Fallo) [2010], *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, párr. 65 (Convención de Viena, artículo 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* (Fallo) [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, párr. 18 (Convención de Viena, artículo 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Fallo) [1994], *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, párr. 41, no se menciona expresamente el artículo 32, pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios.

[27] Georges Abi-Saab, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", en Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias y Panos Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010), págs. 99 a 109.

[28] OMC, *Brasil: Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves,* recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Informe del Órgano de Apelación (21 de julio de 2000) (WT/DS46/AB/RW, párr. 45).

[29] Donald McRae, "Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body", en Stephan Breitenmoser, Luzin S. Wildhaher *et al.* (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike, 2007), págs. 1407 a 1422.

[30] OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, Informe del Órgano de Apelación (12 de octubre de 1998) (WT/DS58/AB/R, párr. 130).

[31] OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, Informe del Órgano de Apelación (4 de octubre de 1996) (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, especialmente secc. D).

Viena[32]. En su jurisprudencia, ha recurrido fundamentalmente al sentido corriente de los términos en cuestión y a su objeto y fin[33]. El Tribunal está siguiendo así un criterio interpretativo bastante equilibrado que no concede importancia especial a ningún medio de interpretación en concreto[34].

13. Los tribunales establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados también han reconocido que deben aplicar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena como derecho de los tratados o como derecho consuetudinario[35]. Invocan sistemáticamente la jurisprudencia de la CIJ, la ex Corte Permanente de Justicia Internacional y tribunales de arbitraje, con lo que enmarcan su razonamiento en el contexto del derecho internacional general[36]. Aunque en su jurisprudencia distan mucho de seguir un criterio uniforme, los tribunales del CIADI hasta la fecha no han prestado una importancia destacada al objeto y fin como medio de interpretación ni a las presuntas intenciones de las partes cuando celebraron el Convenio[37].

14. Se puede decir que el criterio general de interpretación seguido por los paneles establecidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte procede de las reglas de interpretación de la Convención de Viena y concede especial importancia a la liberalización de comercio como objeto y fin principales del Tratado[38].

---

[32] George Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Clarendon Press, 1996), pág. 361, donde se cita *Case A/1 (Issues I, III and IV), Decision No. DEC 12-A1-FT* (1982), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 1, pág. 189, párrs. 190 a 192.

[33] *Ibid.*, párrs. 362 a 365.

[34] Karl-Heinz Böckstiegel, "Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal", en Kay Hailbronner (ed.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring* (Springer, 1989), págs. 119 a 131; George Aldrich (véase la nota 32), págs. 360 y ss.; Charles Brower y Jason Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff, 1998), págs. 263 y ss.

[35] Christoph Schreuer, "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration", en Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias y Panos Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010), págs. 129 y ss.; Ole Kristian Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis" (2008), *European Journal of International Law*, vol. 19, pág. 314; Romesh J. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2012).

[36] Fauchald (véase la nota 35), págs. 311, 313 y 341.

[37] *Ibid.,* págs. 315 a 319.

[38] *Tariffs Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products* (Informe final del Panel), Panel arbitral establecido con arrreglo al artículo 2008, Expediente de la Secretaría núm. CDA-95-2008-01 (2 de diciembre de 1996), párrs. 118 y 119 (http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/0c7973b9-1088-4221-99a5-e279075380b0.pdf, consultado el 16 de enero de 2013); para los paneles en el marco del capítulo 11, véase también *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Laudo sobre competencia), Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, capítulo 11 (28 de enero de 2008), párrs. 45 a 48 y 122 (http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf, consultado el 16 de enero de 2013).

3. Tribunales de derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos

15. En una de sus primeras causas, *Golder c. el Reino Unido*[39], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha considerado que "debería guiarse por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena"[40] y ha reiterado la explicación dada por la Comisión de Derecho Internacional para el proceso de interpretación en virtud de la Convención:

> Del modo en que se presenta en la "regla general" del artículo 31 de la Convención de Viena, el proceso de interpretación de un tratado es una unidad, una sola operación combinada; esa regla, estrechamente integrada, coloca en el mismo plano a los distintos elementos enumerados en los cuatro párrafos del artículo[41].

16. Desde entonces, el Tribunal ha confirmado sistemáticamente su adhesión, en principio, a los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena como fundamento para interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos[42]. Sin embargo, distingue entre el Convenio Europeo y los "tratados internacionales de tipo clásico"[43]. Según el Tribunal:

> el Convenio comprende más que meros compromisos recíprocos entre Estados contratantes. Crea, por encima de una red de compromisos mutuos y bilaterales, obligaciones objetivas que, en las palabras del Preámbulo, se benefician de una "garantía colectiva"[44].

17. La interpretación del Convenio tendría así que tomar en consideración la "eficacia del Convenio en tanto instrumento constitucional del orden público europeo"[45]. El reconocimiento de esas características del Convenio ha contribuido a que el Tribunal reconociese que "el Convenio es un instrumento vivo cuya interpretación tiene que adecuarse a las condiciones de vida actuales"[46]. Ese criterio del "instrumento vivo" no es, sin embargo, una excepción del método general de

---

[39] *Golder v. the United Kingdom* (1975), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 18.

[40] *Ibid*.

[41] *Golder* (véase la nota 39), párr. 30; la redacción de la Comisión de Derecho Internacional puede consultarse en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 241, párr. 8.

[42] *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], ECHR 2005-I, párrs. 111 y 123; *Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States* [GC], ECHR 2001-XII, párrs. 55 a 58; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], ECHR 2001-XI, párr. 55; *Loizidou v. Turkey* (Excepciones preliminares) (1995), Serie A, núm. 310, párr. 73; *Cruz Varas and others v. Sweden* (1991), Serie A, núm. 201, párr. 100; *Johnston and others v. Ireland* (1985), Serie A, núm. 112, párr. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Demanda Núm. 61498/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2010), párr. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia,* Demanda núm. 25965/04 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de enero de 2010), párrs. 273 y 274, seleccionado para su publicación en *Reports of Judgments and Decisions*; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], Demanda núm. 34503/97 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de noviembre de 2008), párr. 65, seleccionado para su publicación en *Reports of Judgments and Decisions*.

[43] *Ireland v. the United Kingdom* (1978) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), Serie A, núm. 25, párr. 239; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 127; *Soering v. the United Kingdom* (1989) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), Serie A, núm. 161, párr. 87.

[44] *Ireland* (véase la nota 43), párr. 239.

[45] *Loizidou* (véase la nota 42), párr. 75.

[46] *Tyrer v. the United Kingdom* (1978) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), Serie A, núm. 26, párr. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 119, donde se cita *Öcalan v. Turkey* [GC], ECHR 2005-IV, párr. 163; *Selmouni v. France* [GC], ECHR 1999-V, párr. 101.

interpretación basado en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado sistemáticamente que "el Convenio ha de interpretarse teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados" y que "debe determinar la responsabilidad de los Estados de acuerdo con los principios del derecho internacional que regulan esa esfera, al tiempo que toma en consideración la naturaleza especial del Convenio como instrumento de protección de los derechos humanos"[47].

18. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que, de acuerdo con la Convención de Viena:

> … el proceso de interpretación es uno[48].

19. Aunque habitualmente la Corte comienza su razonamiento examinando el texto[49], en general no se ha apoyado en un criterio fundamentalmente textual, sino que más bien ha recurrido a otros medios de interpretación[50]. La renuencia de la Corte a conceder una función más importante al sentido corriente de una disposición es en última instancia la consecuencia de la importancia que concede al objeto y fin[51]. Así, la Corte destacó que

> … el "sentido corriente" de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado[52].

20. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el del "objeto y fin" parece desempeñar la función más importante entre los distintos medios de interpretación. Un rasgo característico del criterio de esa Corte basado en el objeto y fin es la importancia que concede al objetivo primordial de la Convención en su conjunto de proteger efectivamente los derechos humanos. Según la Corte,

---

[47] *Mamatkulov and Askarov* (véase la nota 42), párr. 111; véanse también *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 119; *Al-Adsani* (véase la nota 42), párr. 55, *Loizidou* (véase la nota 42), párr. 43; y *Bayatyan v. Armenia* [GC], Demanda núm. 23459/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011), párrs. 98 a 108.

[48] *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 23 (25 de enero de 1996), párr. 49.

[49] *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, Opinión consultiva OC-2/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 2 (24 de septiembre de 1982), párr. 19; *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-7/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 7 (29 de agosto de 1986).

[50] *El efecto de las reservas* (véase la nota 49), párr. 19; *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 205 (16 de noviembre de 2009), párr. 29.

[51] Lucas Lixinski, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights" (2010), *European Journal of International Law*, vol. 21, págs. 587 y 588.

[52] *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 4 (19 de enero de 1984), párr. 23; *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-20/09, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 20 (29 de septiembre de 2009), párr. 26.

> … al interpretarla [la Convención Americana] la Corte deberá hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*)[53].

21. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido las reglas de interpretación que figuran en la Convención de Viena[54], pero las aplica sobre todo tácitamente. En su jurisprudencia, el del "objeto y fin" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han desempeñado la función más importante entre los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena[55]. Un aspecto importante del criterio interpretativo del Comité de Derechos Humanos es su interpretación evolutiva de los derechos del Pacto. Por ejemplo, en la causa *Yoon y Choi c. la República de Corea*[56], el Comité destacó que cualquiera de los derechos que figuraban en el Pacto evolucionaban con el tiempo[57] y con ese razonamiento justificó apartarse en cierto modo de su propia jurisprudencia anterior[58]. Sin embargo, en la causa *Atasoy y Sarkut c. Turquía,* el Comité ha puesto de relieve que la interpretación evolutiva "no puede ir más allá de la letra y del espíritu del tratado o de lo que los Estados partes se proponían inicial y explícitamente"[59].

4. Otros órganos judiciales internacionales

22. Otros órganos judiciales internacionales han reconocido también que la Convención de Viena articula las reglas básicas de interpretación de los tratados.

23. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos ha resumido la importancia que tiene la Convención de Viena para el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en su opinión consultiva sobre *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinen a personas o entidades con respecto a actividades en la Zona*:

> Entre las reglas del derecho internacional que la Sala está obligada a aplicar, las relativas a la interpretación de los tratados desempeñan una función especialmente importante. Las reglas aplicables se enuncian en la Parte III, Sección 3, titulada "Interpretación de los tratados" e incluyen los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 [...]. Esas reglas se han de considerar un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Aunque el Tribunal nunca ha afirmado explícitamente esa opinión, lo ha hecho implícitamente al tomar prestada la terminología y los criterios de los artículos de la Convención de Viena que se refieren a la

---

[53] *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión consultiva OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16 (1 de octubre de 1999), párr. 58.

[54] *Alberta Union v. Canada* (18 de julio de 1986), Comunicación núm. 118/1982 (CCPR/C/28/D/118/1982), párr. 6.3.

[55] *Setelich v. Uruguay* (28 de octubre de 1981), Comunicación núm. 63/1979 (CCPR/C/14/63/1979), párrs. 11, 14 y 18.

[56] *Yoon y Choi c. la República de Corea* (3 de noviembre de 2006), Comunicaciones núms. 1321/2004 y 1322/2004 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004).

[57] *Yoon y Choi* (véase la nota 56), párr. 8.2.

[58] *LTK v. Finland* (9 de julio de 1985), Comunicación núm. 185/1984 (CCPR/C/25/D/185/1984), párr. 5.2.

[59] *Atasoy y Sarkut c. Turquía* (29 de marzo de 2012), Comunicaciones núms. 1853/2008 y 1854/2008 (CCPR/C/104/D/1853-1854/2008), párr. 7.13.

interpretación (véase el fallo del Tribunal de 23 de diciembre de 2002 en la causa "*Volga*" [...])"[60].

24. Ocasionalmente, el Tribunal Internacional se ha mostrado dispuesto a emplear un criterio dinámico y evolutivo con respecto a la interpretación. Así, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos ha dicho que determinadas "obligaciones de lograr el cumplimiento"[61] eran obligaciones de diligencia debida[62] que eran "conceptos variables" y que "podían cambiar con el tiempo ya que las medidas consideradas suficientemente diligentes en un determinado momento pueden convertirse en no suficientemente diligentes atendiendo, por ejemplo, a nuevos conocimientos científicos o tecnológicos"[63]. Así, cuando resulte apropiado, el Tribunal parece estar dispuesto a interpretar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de un modo evolutivo y dinámico sobre la base de la Convención de Viena, probablemente por ser un rasgo del objeto y fin de la disposición.

25. La Corte Penal Internacional ha declarado en repetidas ocasiones que, al interpretar su Estatuto y otros tratados aplicables, sigue las reglas de la Convención de Viena[64]. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha afirmado también en varias ocasiones que las reglas de la Convención de Viena son aplicables a la interpretación de los tratados[65].

26. El Tribunal de Justicia Europeo considera que las reglas de los tratados fundacionales ("derecho primario de la Unión") constituyen un "ordenamiento jurídico autónomo" y en consecuencia no se remite a la Convención de Viena cuando interpreta esos tratados. En cambio, cuando interpreta acuerdos celebrados entre la Unión y terceros Estados, se considera obligado por las reglas del derecho internacional consuetudinario reflejadas en las reglas de interpretación de la Convención de Viena[66]. En *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*[67] el Tribunal de Justicia Europeo observó:

---

[60] *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Advisory Opinion of 1 February 2011)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, asunto núm. 17, párrs. 57 y 58.

[61] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (aprobada el 10 de diciembre de 1982, entró en vigor el 16 de noviembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31383, artículo 153 4) y artículo 4 4) del anexo III.

[62] *Responsibilities and obligations of States*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, asunto núm. 17 (véase la nota 60), párr. 110.

[63] *Ibid.*, párrs. 117 y 211.

[64] *Lubanga Dyilo* (Decisión relativa al sistema definitivo de divulgación y al establecimiento de un calendario), Corte Penal Internacional (Sala de Cuestiones Preliminares) (15 de mayo de 2006), anexo I, párr. 1; *Situación en la República Democrática del Congo* (Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar), Corte Penal Internacional (Sala de Apelaciones) (13 de julio de 2006), párrs. 6 y 33; *Lubanga Dyilo* (Decisión relativa a la preparación de los testigos antes de que declaren ante la Corte), Corte Penal Internacional (Sala de Cuestiones Preliminares) (8 de noviembre de 2006), párr. 8.

[65] Véanse *Jelisić* (Fallo), ICTY-95-10 (14 de diciembre de 1999), párr. 61; *Čelebići* (Fallo), ICTY-96-21 (20 de febrero de 2001), párrs. 67 y ss.; *Krstić* (Fallo), ICTY-98-33 (2 de agosto de 2001), párr. 541; *Stakić* (Fallo), ICTY-97-24 (31 de julio de 2003), párr. 501; *Galić* (Fallo), ICTY-98-29 (5 de diciembre de 2003), párr. 91.

[66] Véase Pieter Jan Kuijper, "The Court and the Tribunal of the European Communities and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969" (1998), *Legal Issues of European Integration*,

> … aunque no vincule a la Comunidad ni a todos los Estados miembros, una serie de disposiciones de la Convención de Viena refleja las normas de derecho consuetudinario internacional, que como tales, vinculan a las instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario[68].

y concluyó que:

> las reglas contenidas en la Convención de Viena se aplican a un acuerdo celebrado entre un Estado y una organización internacional, como el Acuerdo de Asociación CE-Israel, en la medida en que dichas reglas son la expresión del derecho consuetudinario internacional general[69].

27. Citando el artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal señaló que los tratados deben ser interpretados no solo de acuerdo con su significado textual, sino también teniendo en cuenta su objeto y fin. Por ejemplo, en un asunto relativo al proyecto de acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio[70], el Tribunal destacó

> [e]l hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica[71]

y determinó que el significado de disposiciones cuyo tenor era idéntico en el Acuerdo de la Asociación Europea de Libre Comercio y el Tratado de la Comunidad Económica Europea difería[72].

5. Conclusión: proyecto de conclusión 1

28. Tomadas en conjunto, esas fuentes parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión[73]:

---

vol. 25, núm. 1; Asunto C-344/04, *The Queen, a instancia de: International Air Transport Association y European Low Fares Airline Association c. Department for Transport* (Decisión prejudicial) (2006), ECR I-403, párr. 40.

67 Asunto C-386/08, *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (2010), ECR I-01289.

68 *Ibid.*, párr. 42.

69 *Ibid.*, párr. 41; véase también Asunto C-6/60 *Jean-E. Humblet v. Belgian State* (1960), ECR 559, pág. 574.

70 Tribunal de Justicia Europeo, Dictamen 1/91 (1991), ECR I-6079.

71 *Ibid.*, párr. 14.

72 *Ibid.*, párr. 35.

73 Véanse las conclusiones preliminares 1 a 3 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo (A/66/10, párr. 344), especialmente las conclusiones preliminares 1) y 2) (primer párrafo):

1) Norma general sobre la interpretación de los tratados

Los diferentes órganos judiciales examinados han reconocido que la norma general sobre la interpretación de los tratados que aplican es la contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ya sea en cuanto a disposición sobre tratados aplicables o como reflejo del derecho internacional consuetudinario.

2) Enfoques respecto de la interpretación

Independientemente de su reconocimiento de la regla general establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados como base para la interpretación de

Proyecto de conclusión 1
Regla general y medios de interpretación de los tratados

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

La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión.

los tratados, diferentes órganos judiciales han insistido en mayor o menor medida, en diferentes contextos, en distintos medios de interpretación contenidos en la mencionada disposición.

IV. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

29. La regla general sobre la interpretación de los tratados reconoce que, con determinadas condiciones, los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes pueden estar entre los distintos medios de interpretación (Convención de Viena, artículo 31 3) a) y b)). La Comisión, en su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, subrayó que

> Es evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado[74].

30. Al considerar que el acuerdo ulterior y la práctica ulterior, de acuerdo con el artículo 31 3) a) y b) de la Convención de Viena, constituyen "una prueba objetiva del acuerdo de las partes", la Comisión los concibió como medios de interpretación "auténticos"[75]. Esa manera de entender los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes como un medio de interpretación auténtico parece indicar que son con frecuencia, pero no necesariamente siempre[76], factores especialmente importantes para la interpretación de los tratados[77].

1. Reconocimiento por parte de órganos judiciales internacionales

31. Algunos órganos judiciales internacionales han reconocido y aplicado como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes, aunque concediéndoles una importancia algo distinta.

a) Corte Internacional de Justicia

32. La Corte Internacional de Justicia "ha examinado con frecuencia la práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de [...] [un] tratado"[78]. Su jurisprudencia proporciona una orientación general y ejemplos significativos de los

---

[74] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 249, párr. 15.

[75] *Ibid.*

[76] Se ha afirmado que la interpretación de los tratados que establece derechos para otros Estados o agentes es menos susceptible de interpretación "auténtica" por las partes en ellos, por ejemplo en el contexto de los tratados sobre inversiones: *Sempra Energy International c. La República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/16 (28 de septiembre de 2007), párr. 386 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_sp&caseId=C8, consultado el 6 de marzo de 2013); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/3 (22 de mayo de 2007), párr. 337 (http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf, consultado el 6 de marzo de 2013).

[77] Véanse Robert Jennings y Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1 (9ª ed., Longman, 1992), pág. 1268, párr. 630; Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points" (1957), *British Yearbook of International Law*, págs. 223 a 225; OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (Segunda reclamación)*, Informe del Grupo Especial (31 de marzo de 2011) (WT/DS353/R, párr. 7.953).

[78] *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1076, párr. 50; véase también *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (Fallo) [5 de diciembre de 2011], párr. 99 (véase http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf).

posibles efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y su interacción con otros medios de interpretación (véase información más detallada en la secc. 2).

b) Órganos judiciales en el marco de regímenes convencionales de carácter económico

33. Los órganos judiciales internacionales en el marco de regímenes convencionales de carácter económico se han ocupado frecuentemente de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación. Así, el Órgano de Apelación de la OMC ha reconocido la práctica ulterior como medio de interpretación y lo ha aplicado en varias ocasiones[79] y también ha tomado en consideración un acuerdo ulterior[80]. Lo mismo puede decirse del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[81], que ha sostenido:

> De ahí que, lejos de desempeñar una función secundaria en la interpretación de los tratados, la práctica ulteriormente seguida por las partes constituye un elemento importante en la interpretación. Cuando han interpretado las disposiciones de un tratado, con frecuencia los tribunales internacionales han examinado la práctica ulteriormente seguida por las partes. El Tribunal también ha reconocido la importancia de la práctica ulteriormente seguida por las partes y se ha remitido a ella en varios casos[82].

---

[79] OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas,* Informe del Órgano de Apelación (4 de octubre de 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R e Informe del Grupo Especial (11 de julio de 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R; *Comunidades Europeas – Trozos de pollo,* Informe del Órgano de Apelación (12 de septiembre de 2005) WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, párr. 259 e Informe del Grupo Especial (30 de mayo de 2005) WT/DS269/R y WT/DS286/R; *Comunidades Europeas – Equipo informático,* Informe del Órgano de Apelación (5 de junio de 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, párrs. 92 y 93 e Informe del Grupo Especial (5 de febrero de 1998) WT/DS62/R, WT/DS67/R y WT/DS68/R; *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (Upland),* Informe del Órgano de Apelación (3 de marzo de 2005) WT/DS267/AB/R; Informe del Grupo Especial (8 de septiembre de 2004) WT/DS267/R; véase también *Comunidades Europeas y sus Estados Miembros – 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.

[80] OMC, *Estados Unidos – Atún II (México),* Informe del Órgano de Apelación (16 de mayo de 2012) WT/DS381/AB/R, párr. 372.

[81] *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)*, Laudo núm. 108-A-16/582/591- FT (1984), 5 Iran-USCTR 57; *International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, Laudo provisional núm. ITL 37-111-FT (1984), 5 Iran-USCTR 338; *United States-Iran,* Caso núm. A17, Decisión núm. DEC 37-A17-FT (1985), 8 Iran-USCTR 189; *Burton Marks (and others) and the Islamic Republic of Iran*, Laudo provisional núm. ITL 53-458-3 (1985), 8 Iran-USCTR 290; *the Islamic Republic of Iran and the United States of America,* Laudo provisional núm. ITL 63-A15 (I:G)-FT (1986), 12 Iran-USCTR 40; *the Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Laudo parcial núm. 382-B1-FT (1988), 19 Iran-USCTR 273.

[82] *The Islamic Republic of Iran and the United States of America,* Laudo provisional núm. ITL 83-B1-FT (Reconvención) (9 de septiembre de 2004), 2004, WL 2210709 (*Iran-United States Claims Tribunal Reports*), párr. 111.

34. Los tribunales establecidos por el CIADI han reconocido con frecuencia como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[83]. En algunas decisiones, esos tribunales incluso han puesto de relieve que la práctica ulterior es un medio de interpretación especialmente importante para las disposiciones con respecto a las cuales las partes en el tratado pretendían que evolucionaran a tenor de la práctica convencional ulterior. En el caso *Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo:

> Ninguna de las partes afirmó que el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados incluyese ninguna definición precisa *a priori* del término "inversión". En lugar de ello, se dejó que la definición se precisara en la práctica ulteriormente seguida por los Estados, con lo que se mantendría su integridad y flexibilidad y se permitiría en el futuro el desarrollo progresivo del derecho internacional relativo al tema de las inversiones[84].

35. Los paneles del Tratado de Libre Comercio de América del Norte han reconocido en varias ocasiones como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[85]. Si bien esos paneles no parecen haber examinado con demasiada frecuencia la práctica ulterior[86], han debatido intensamente sobre los efectos jurídicos de un documento del que se sostenga que es un acuerdo ulterior[87].

c) Tribunales de derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos

36. Con respecto a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, los tribunales de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han seguido un criterio algo diferente del de los órganos judiciales en el marco de

---

[83] Véanse *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina* (Tratado bilateral sobre inversiones entre los Estados Unidos y la Argentina) (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), párr. 70 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_SP&caseId=C3, consultado el 24 de enero de 2013); *Siemens A.G. c. La República Argentina* (Tratado bilateral sobre inversiones entre Alemania y la Argentina) (Decisión sobre jurisdicción), caso CIADI núm. ARB/02/8 (3 de agosto de 2004), párr. 105 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC508_sp&caseId=C7, consultado el 24 de enero de 2013); *National Grid PLC c. La República Argentina* (Tratado bilateral sobre inversiones entre el Reino Unido y la Argentina) (Decisión sobre jurisdicción), CNUDMI (20 de junio de 2006), párrs. 84 y 85 (http://ita.law.uvic.ca/documents/NationalGrid-Jurisdiction-SP.pdf, consultado el 24 de enero de 2013).

[84] *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Tratado bilateral sobre inversiones entre los Estados Unidos y Sri Lanka) (Laudo y voto particular concurrente), caso CIADI núm. ARB/00/2 (15 de marzo de 2002) [2004], 6 ICSID Rep. 310, párr. 33; de modo similar, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. República Bolivariana de Venezuela* (Decisión sobre competencia), caso CIADI núm. ARB/00/5 (27 de septiembre de 2001) [2004], 6 ICSID Rep. 419, párr. 97.

[85] *CCFT v. United States* (véase la nota 38), párrs. 181 a 183.

[86] *En el asunto de servicios de transporte transfronterizo* (Informe final del Panel), Panel arbitral establecido en términos del artículo 2008, Expediente del Secretariado núm. EUA-MEX-98-2008-01 (6 de febrero de 2001), párrs. 220, 221 y 235 (http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/8f70c18a-7f02-4126-96f6-182a11c90517.pdf, consultado el 16 de enero de 2013); *Agricultural Tariffs (US v. Canada)* (véase la nota 38), párrs. 119, 141 y 142.

[87] Véase *infra*, secc. V. 1. e), párrs. 88 a 90.

regímenes convencionales de carácter económico. Así, los tribunales de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no parecen haber tenido en cuenta los acuerdos ulteriores de las partes en su interpretación de las disposiciones sustantivas sobre derechos humanos. La situación es diferente, en cambio, con respecto a la práctica ulterior seguida por las partes.

37. En ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha invocado el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, principalmente en causas que se referían a la relación del Tribunal con los Estados miembros y en causas que planteaban cuestiones de derecho internacional general[88]. Con mayor frecuencia, sin embargo, el Tribunal se ha referido a la práctica legislativa de los Estados miembros sin mencionar explícitamente el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena[89]. En esos casos, el Tribunal ha confirmado que la legislación nacional uniforme, o en gran parte uniforme, e incluso la práctica administrativa nacional, pueden constituir en principio una práctica ulterior en la materia[90] y pueden tener efectos que pueden ir incluso más allá del de ser simplemente un medio de interpretación de acuerdo con el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena[91]. Así, las sentencias en las que el Tribunal se ha apoyado en la práctica ulteriormente seguida por los Estados sin citar explícitamente el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena son más características que las sentencias en las que sí lo ha hecho. Desde *Tyrer c. el Reino Unido*, el Tribunal generalmente se ha apoyado en la práctica ulterior de los Estados (y otros) como orientación para su interpretación "dinámica" o "evolutiva". El Tribunal determina el carácter y la amplitud de su interpretación evolutiva atendiendo a las "condiciones actuales" y los "avances del derecho internacional", más o menos concretos, que el Tribunal reconoce basándose en

> un conjunto de reglas y principios que son aceptados por la inmensa mayoría de Estados, los criterios comunes del derecho internacional o interno de los Estados europeos que reflejan una realidad que el Tribunal no puede ignorar cuando ha de aclarar el alcance de una disposición del Convenio que medios de interpretación más convencionales no le han permitido establecer con un grado suficiente de certeza[92].

38. De hecho, siempre que el Tribunal ha reconocido que está realizando una "interpretación evolutiva", normalmente se ha remitido como orientación a la práctica jurídica sea de los Estados, social o internacional[93].

---

[88] *Cruz Varas* (véase la nota 42), párr. 100; *Loizidou* (véase la nota 42), párr. 73; *Bankovic* (véase la nota 42), párr. 56.

[89] Véanse, por ejemplo, *Lautsi and Others v. Italy* [GC], Demanda núm. 30814/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de marzo de 2011), párr. 61; y *Herrmann v. Germany* [GC], Demanda núm. 9300/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2012), párr. 78.

[90] Véanse, por ejemplo, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (véase la nota 42), párrs. 111 y 123; *Johnston and others v. Ireland* (véase la nota 42), párr. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (véase la nota 42), párrs. 273 y 274; *Demir and Baykara* (véase la nota 42), párr. 65.

[91] *Soering* (véase la nota 43), párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 119, donde se cita *Öcalan* (véase la nota 46), párr. 163.

[92] *Demir and Baykara* (véase la nota 42), párr. 76.

[93] Véanse, por ejemplo *Öcalan* (véase la nota 46), párr. 163; *VO v. France* [GC], ECHR 2004-VIII; *Johnston* (véase la nota 42), párr. 53; *Bayatyan v. Armenia*, Demanda núm. 23459/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de octubre de 2009), párr. 63, seleccionado para su

39. Parece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta la fecha no se ha remitido al artículo 31 3) a) ni b) de la Convención de Viena y el número de decisiones en las que se ha remitido a la práctica ulterior es bastante limitado[94]. Sin embargo, a pesar de que en raras ocasiones menciona la práctica ulterior *stricto sensu*, la Corte Interamericana se ha remitido en abundantes ocasiones a los avances internacionales en un sentido más amplio, que se hallan a medio camino entre la práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) b) y otras "formas pertinentes de derecho internacional" relacionadas con el artículo 31 3) c) de la Convención de Viena[95]. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en ocasiones ha examinado con mayor detenimiento la práctica ulteriormente seguida por los Estados[96]. El motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos se remiten menos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la práctica ulterior tal vez tenga que ver, entre otras cosas, con una falta de recursos para comprobar con seguridad una parte suficientemente representativa de la práctica en la materia.

d) Otros órganos judiciales internacionales

40. En algunas ocasiones, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha considerado la práctica ulteriormente seguida por las partes como medio de interpretación[97]. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda han reconocido que la interpretación del derecho penal internacional sustantivo, incluidos los tratados, debe tomar en consideración la práctica interpretativa ulterior seguida por los tribunales nacionales[98]. Ambos tribunales no se han limitado a examinar la jurisprudencia ulterior de los tribunales nacionales, sino que se remiten también a la práctica ulterior, ejecutiva o militar,

---

publicación en *Reports of Judgments and Decisions*; *Soering* (véase la nota 43), párr. 103; *Öcalan* (véase la nota 46), párr. 191; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 119.

[94] *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y reparaciones, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 221 (27 de febrero de 2011), párrs. 215 a 224, y el voto concurrente del Juez Vio Grossi en *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 233 (1 de septiembre de 2011), párr. 3; véase también *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tabago* (Fondo, reparaciones y costas, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 94 (21 de junio de 2002), párr. 12; véase también *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala* (véase la nota 48).

[95] Véanse por ejemplo *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo, Sentencia), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 4 (29 de julio de 1988), párr. 151; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (Opinión consultiva), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16 (1 de octubre de 1999), párrs. 130 a 133 y 137.

[96] *Kindler v. Canada* (30 de julio de 1993), Comunicación núm. 470/1991, párr. 14.2; *Judge v. Canada* (5 de agosto de 2002), Comunicación núm. 829/1998, párr. 10.3; *Barrett and Sutcliffe v. Jamaica* (30 de marzo de 1992), Comunicación núm. 270/1980, párr. 8.4; *Simms v. Jamaica* (3 de abril de 1995), Comunicación núm. 541/1993, párr. 6.5.

[97] *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* (Fallo de 1 de julio de 1999), asunto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar núm. 2, párrs. 155 y 156; véase también *The M/V "SAIGA" (No. 1) Case (Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea)* (Pronta liberación) (Fallo de 4 de diciembre de 1997), asunto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar núm. 1, párr. 57.

[98] *Kupreškić and others* (Fallo), ICTY-95-16 (14 de enero de 2000), párr. 541; véase también, *Akayesu* (Fallo) ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia I (2 de septiembre de 1998), párrs. 503 y 542 y ss.

seguida por los Estados[99]. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia incluso ha tomado en consideración formas más generales de práctica de los Estados, como por ejemplo la evolución de la legislación de los Estados miembros que, a su vez, puede originar un cambio en la interpretación del alcance de los crímenes o de sus elementos. En *Furundzija*, por ejemplo, la Sala del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, buscando una definición del delito de violación tipificado en el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, el artículo 76 1) del primer Protocolo Adicional y el artículo 4 2) e) del segundo Protocolo Adicional[100], examinó los principios de derecho penal comunes a los principales ordenamientos jurídicos del mundo y sostuvo

> … que puede discernirse una evolución en la legislación nacional de varios Estados que lleva a ampliar la definición de violación de modo que abarca ya actos que anteriormente se clasificaban como delitos comparativamente menos graves, es decir, agresión sexual o atentado contra el pudor. Esa evolución muestra que en el plano nacional, los Estados caminan hacia una actitud más rigurosa con las formas graves de agresión sexual: ya se asocia el estigma de la violación a una categoría creciente de delitos sexuales, a condición claro está de que cumplan determinados requisitos, principalmente el de la penetración física forzada[101].

41. El Tribunal de Justicia Europeo, a diferencia de otros órganos judiciales internacionales, no ha tomado en consideración la práctica ulteriormente seguida por los Estados miembros al interpretar los tratados fundacionales de la Unión (derecho primario de la Unión). Esto es acorde con su criterio general de considerar que los tratados fundacionales constituyen un "ordenamiento jurídico autónomo" y no remitirse por ello a la Convención de Viena ni aplicarla al interpretarlos[102]. Sin embargo, el Tribunal sí tiene en cuenta la práctica ulterior al interpretar los acuerdos que ha celebrado la Unión con terceros Estados y ha reconocido la pertinencia de "la práctica consolidada de las partes en el Acuerdo" a los efectos de su interpretación[103].

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior entre los diferentes medios de interpretación

42. El reconocimiento de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación por los órganos judiciales internacionales ha hecho que se aplicasen en muy diversas situaciones. A los efectos del presente propósito, basta con apuntar unas pocas causas de la jurisprudencia de la CIJ que ejemplifican la función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación. De esos otros medios de interpretación, los más importantes son el "sentido corriente" de los términos de un tratado, su

---

[99] *Tadić* (Fallo), ICTY-94-1 (15 de julio de 1999), párr. 94; *Jelisić* (véase la nota 65), párr. 61 (se han omitido las notas de pie de página).

[100] *Furundzija* (Fallo), ICTY-95-17/1 (10 de diciembre de 1998), párrs. 165 y ss.

[101] *Ibid*., párr. 179; de modo similar *Musema* (Fallo), ICTR-96-13-A, Sala de Primera Instancia I (27 de enero de 2000), párrs. 220 y ss., especialmente párr. 228.

[102] Véanse *supra* los párrs. 26 y 27.

[103] Véase el asunto C-52/77, *Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli* [1977], ECR 2261, párr. 18; en especial 2277; véase también el asunto C-432/92, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. y otros* [1994], ECR I-3087, párrs. 43 y 50.

"contexto" y el "objeto y fin" del tratado (artículo 31 1) a) a c) de la Convención de Viena).

a) Sentido corriente

43. Por lo que se refiere al "sentido corriente" de los términos de los tratados, la Corte por ejemplo[104] ha determinado en la *Opinión consultiva sobre armas nucleares*, con respecto a los términos "veneno o armas envenenadas", que

> [e]n la práctica de los Estados, esos términos se han interpretado en su sentido ordinario, 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 [esos términos] referidos a las armas nucleares[105].

44. En la causa relativa a los *Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la CIJ afirmó que

> la impresión general que deja un examen de los materiales pertinentes es que los encargados de la administración de las aduanas […] han recurrido a todos los diversos elementos de valoración de que disponían, aunque quizás no siempre de modo coherente. En esas circunstancias, la opinión de la Corte es que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre el punto controvertido[106].

45. Y en la causa *Mazilu* la CIJ sostuvo que

> en la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización […] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido considerados peritos en misión en el sentido de la sección 22[107].

46. En la mayoría de los casos, la CIJ consideró que la determinación del "sentido corriente" de un término de un tratado, como lo había especificado la práctica ulterior seguida por las partes, era determinante, con independencia de que esa práctica apuntase a una interpretación más amplia o más restrictiva del "sentido corriente"[108]. Un ejemplo muy conocido es la interpretación que hizo la CIJ, en la opinión relativa a *Ciertos gastos*, de los términos "gastos" (interpretación amplia) y

---

[104] Véase también *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (Excepciones preliminares) [1998], *I.C.J. Reports 1998,* pág. 306, párr. 67; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Excepciones preliminares) [1996], *I.C.J. Reports 1996,* pág. 815, párr. 30; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Opinión consultiva) [1950], *I.C.J. Reports 1950*, pág. 9.

[105] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Opinión consultiva) [1996], *I.C.J. Reports 1996*, pág. 248, párr. 55.

[106] *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952], *I.C.J. Reports 1952*, pág. 211.

[107] *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (Opinión consultiva) [1989], *I.C.J. Reports 1989*, pág. 194, párr. 48.

[108] Véase una excepción en *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)* [1992], *I.C.J. Reports 1992*, pág. 586, párr. 380.

"acción" (interpretación restrictiva) basándose en la práctica ulterior seguida por la Organización[109].

47. De ese modo, con frecuencia la práctica ulteriormente seguida por las partes empuja a restringir los distintos significados textuales posibles. Pero es posible también, no obstante, que la práctica2 ulterior indique que el término está abierto a diferentes matices de significado o aconseje una interpretación amplia de los términos del tratado[110].

b) Contexto

48. La interpretación de un tratado no se limita a la interpretación del texto de sus términos concretos, sino que engloba también "los términos del tratado en el contexto de estos" (artículo 31 1) de la Convención de Viena) como un todo. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden influir también en la interpretación de una regla concreta cuando la práctica se refiere al tratado como un todo o a otras normas convencionales en la materia[111]. En consecuencia, la CIJ sostuvo en la causa relativa a la *Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*:

> Ese basarse en el tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención […], convence a la Corte para que considere improbable que cuando se redactó y se incluyó en la Convención ese último artículo [artículo 28 a)] se contemplase que debiera determinar cuáles eran los países que poseen las flotas mercantes más importantes cualquier otro criterio distinto del tonelaje registrado[112].

49. Aunque los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se utilizan sobre todo para aclarar términos ambiguos o generales[113], sería ir demasiado lejos suponer que el significado de términos aparentemente claros no puede ser cuestionado por los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por las partes[114]. De hecho, en ocasiones, la CIJ ha decidido que la práctica ulterior ampliaba el sentido de una disposición convencional aparentemente clara. Un ejemplo es la opinión consultiva relativa al *Muro* en la que la CIJ ha sostenido

---

[109] *Certain Expenses of the United Nations* (Opinión consultiva) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, págs. 158 y ss. ("gastos") y 164 y ss. ("acción").

[110] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, acepta que la práctica diversa o no uniforme puede indicar que las partes contratantes gozan de un amplio margen de apreciación en el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véanse por ejemplo *Lautsi and Others v. Italy* [GC], Demanda núm. 30814/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de marzo de 2011), párr. 61 y *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC], Demanda núm. 42857/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de abril de 2012), párrs. 31 y 61.

[111] Véase, por ejemplo *Case concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (Competencia y admisibilidad) [1988], *I.C.J. Reports 1988*, pág. 87, párr. 40.

[112] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Opinión consultiva) [1960], *I.C.J. Reports 1960*, pág. 169, párrs. 167 y ss.; en el mismo sentido: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (Parte II), pág 91, párr. 141.

[113] *Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)* [1960], *I.C.J. Reports 1960*, págs. 208 y ss.; *Case Concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, pág. 290.

[114] *Certain Expenses of the United Nations* (Opinión consultiva) (Opinión disidente del Magistrado Spender) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, pág. 189.

que la práctica aceptada de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta[115].

50. El Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas es una disposición cuyo texto no refleja claramente lo que la práctica ulterior seguida por la Asamblea General estaba dando a entender.

c) Objeto y fin

51. El artículo 31 1) de la Convención de Viena dispone que un tratado se interpretará también "teniendo en cuenta su objeto y fin". Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, por un lado, y el objeto y fin de un tratado, por el otro, pueden estar estrechamente interrelacionados. Así, la conducta ulterior de las partes se utiliza a veces para concretar el objeto y fin del tratado en primer lugar[116]. En *Dinamarca c. Noruega*, por ejemplo, la CIJ aclaró el objeto y fin de un acuerdo bilateral sobre la delimitación de la plataforma continental remitiéndose a la práctica ulterior y a la aplicación de las partes[117]. En *Camerún c. Nigeria* la CIJ sostuvo:

> de los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra*, se llega a la conclusión de 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, así pues, no queda abarcada en el Capítulo VIII de la Carta[118].

52. Se ha apuntado que el carácter de un instrumento (por ejemplo, multilateral/bilateral/unilateral; normativo/contrato) y la naturaleza de la materia (por ejemplo, técnica/orientada a valores; económica/derechos humanos) como elementos del objeto y fin de un tratado contribuirían a determinar cuánto margen hay para los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medio de interpretación[119]. La jurisprudencia de la CIJ no puede, sin embargo, confirmar claramente esas hipótesis. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se han

---

[115] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Opinión consultiva) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, pág. 150, párr. 28.

[116] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (Opinión consultiva) [1971], *I.C.J. Reports 1971*, pág. 179; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Opinión consultiva) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, pág. 179, párr. 109; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Excepciones preliminares) [1996], *I.C.J. Reports 1996*, pág. 815, párr. 30; Rosalyn Higgins, "Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law", en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), pág. 180; Giovanni Distefano, "La pratique subséquente des Etats parties à un traité" (1994), *Annuaire français de droit international*, vol. 40, págs. 52 a 54.

[117] *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [1993], *I.C.J. Reports 1993*, pág. 51, párr. 27.

[118] Véase también *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (Excepciones preliminares) [1998], *I.C.J. Reports 1998*, pág. 306, párr. 67.

[119] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (Opinión consultiva) (Voto particular concurrente del Magistrado Dillard) [1971], *I.C.J. Reports 1971*, pág. 154, nota 1.

utilizado como un importante medio de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas[120] y de tratados bilaterales de fronteras[121] y de las aceptaciones unilaterales de la competencia de un tribunal[122]. Y no parece haber ninguna diferencia destacada con respecto a la importancia relativa de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior entre los tratados "normativos" y los tratados "contrato", si es que realmente se puede establecer esa distinción. Lo mismo puede decirse de la diferencia entre los tratados o disposiciones más técnicos o más orientados a valores.

53. Sin embargo, no hay que entender que esa observación extraída de la jurisprudencia de la CIJ sea aplicable con carácter general. Los órganos judiciales creados en virtud de tratados económicos, de derechos humanos y otros tratados internacionales a veces conceden más importancia al "objeto y fin" de un tratado o al "sentido corriente" de un término de un tratado, dependiendo del régimen en cuestión[123]. Sería por ello prematuro concluir a partir de la jurisprudencia de la CIJ que el carácter del instrumento y la naturaleza de la materia, como elementos del objeto y fin de un tratado, no influyen en la importancia relativa de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior para la interpretación de un tratado. Es posible que el número comparativamente bajo de causas y la falta de especialización de la CIJ hayan impedido hasta ahora que en su jurisprudencia se dibujase un panorama de contornos más definidos. Tal vez sea por ello conveniente examinar esa cuestión con mayor detenimiento en una fase ulterior de la labor.

3. Interpretación contemporánea y evolutiva

54. Los posibles efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación dependen también del denominado derecho intertemporal[124]. Este se refiere a la cuestión de si un tratado debe ser interpretado a tenor de las circunstancias del momento en que se celebró ("interpretación contemporánea") o más bien a tenor de las circunstancias del momento en que se aplica ("interpretación evolutiva")[125]. Originalmente, la observación incidental de Max Huber en el caso *Isla de Palmas* según la cual "un hecho judicial debe ser

---

[120] Véase, por ejemplo *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Opinión consultiva) [2004], *I.C.J. Reports 2004*, pág. 149, párr. 27.

[121] Véase, por ejemplo *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1087, párr. 63.

[122] Véase, por ejemplo *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* (Excepción preliminar) [1952], *I.C.J. Reports 1952*, pág. 106.

[123] Véanse *supra* los párrs. 11 a 27.

[124] Malgosia Fitzmaurice, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties" (2008), *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21, págs. 101 y ss.; T. O. Elias, "The Doctrine of Intertemporal Law" (1980), *American Journal of International Law*, vol. 74, págs. 285 y ss.; Don Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); Markus Kotzur, "Intertemporal Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://www.mpepil.com, consultado el 22 de enero de 2013); Ulf Linderfalk, "Doing the Right thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties" (2008), *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2, págs. 109 y ss.; Alfred Verdross y Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (3ª ed., Duncker & Humblot, 1984), págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

[125] M. Fitzmaurice, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties" (véase la nota 124), pág. 101.

apreciado a tenor del derecho contemporáneo a él"[126] había llevado a muchos a favorecer en general la "interpretación contemporánea"[127].

a) Labor previa de la Comisión

55. La Comisión se ha ocupado de la cuestión del derecho intertemporal fundamentalmente en su labor sobre el derecho de los tratados y sobre la fragmentación del derecho internacional. Durante la labor que realizó en relación con el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión debatió la cuestión de la interpretación de los tratados "en el tiempo" en el contexto de lo que luego se convertiría en el artículo 31 3) c) de la Convención de Viena. En aquel momento, a la Comisión le pareció que "sería difícil formular una norma que abarcase totalmente el elemento temporal" y, por consiguiente "decidió omitir el elemento temporal"[128].

56. La cuestión fue de nuevo examinada dentro del Grupo de Estudio sobre la fragmentación[129]. Los debates mantenidos en ese Grupo de Estudio condujeron a la conclusión de que es difícil formular y acordar una regla general que dé preferencia a un principio de interpretación contemporánea o a uno de interpretación evolutiva. En su informe final, el Presidente del Grupo de Estudio, Martti Koskenniemi, concluyó que sería "mejor […] limitarse a escoger algunas consideraciones"[130] que se habrían de tomar en consideración al interpretar cada tratado:

> El punto de partida debe ser […] el hecho de que adoptar una decisión al respecto es una cuestión de interpretación del propio tratado. ¿Hay alguna indicación en la formulación empleada? El punto de partida del argumento puede ser lógicamente el "principio de contemporaneidad" —con respecto al entorno normativo existente en el momento de entrada en vigor de la obligación para la parte correspondiente. En este contexto ¿cuándo podría la formulación del propio tratado establecer que debe tenerse en cuenta la futura evolución? He aquí unos ejemplos de cuándo se puede suponer esto razonablemente:
>
> a) Cuando en un tratado se utiliza un término que "no es estático, sino sujeto a una evolución". […]
>
> b) Cuando las obligaciones se describen en términos muy generales, lo que constituye una especie de remisión a la situación del derecho en el momento de su aplicación. […]

57. De ese modo, la labor previa de la Comisión deja abierta la posibilidad de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior desempeñen una función para determinar si es conveniente en cada caso una interpretación más contemporánea o más evolutiva.

---

[126] *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)* (1928), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 845.

[127] Higgins (véase la nota 116), pág. 174.

[128] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 244, párr. 16; Higgins (véase la nota 116), pág. 178.

[129] Asamblea General de las Naciones Unidas, "Fragmentación del derecho internacional", Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi (2006) (A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 475).

[130] *Ibid.*, párr. 478.

b) La relación entre la interpretación evolutiva y la interpretación a tenor de la práctica ulterior

58. La Corte Internacional se ha ocupado de la relación entre la interpretación evolutiva y la práctica ulteriormente seguida por las partes en *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* (*Costa Rica c. Nicaragua*)[131]. Esa causa giraba en torno a un tratado entre Costa Rica y Nicaragua de 1858 que otorga a Costa Rica libertad de navegación por el río San Juan a "objetos de comercio". Nicaragua hacía valer que, cuando se celebró el tratado y durante mucho tiempo después, los Estados parte interpretaban que el término "comercio" se limitaba a bienes y no incluía servicios y especialmente, no abarcaba el transporte de personas a objetos de turismo. La Corte, sin embargo, no consideró concluyente ese argumento:

> Por un lado, la práctica ulteriormente seguida por las partes, en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, puede apartarse de la intención original en función de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro, hay situaciones en las que la intención de las partes una vez celebrado el tratado era […] conceder a los términos empleados […] un significado o contenido capaz de evolucionar, no uno fijado de una vez por todas, de modo que se tuviesen en cuenta, entre otras cosas, los avances del derecho internacional[132].

59. La Corte sostuvo entonces que el término "comercio" era un "término genérico" con respecto al cual "las partes necesariamente" habían "sido conscientes de que su significado […] probablemente evolucionaría en el tiempo" y que "el tratado ha estado en vigor durante un período muy largo" y concluyó que "debe suponerse que las partes […] han pretendido" que ese término "tenga un significado que evolucione"[133]. Y puesto que el término "comercio" hoy se entendería generalmente que abarca bienes y servicios, la Corte llegó a la conclusión de que Costa Rica tenía derecho, con arreglo al tratado, a transportar no solo bienes sino también personas por el río San Juan[134]. El Magistrado Skotnikov, aun considerando que no era apropiada una interpretación evolutiva del tratado, llegó al mismo resultado aceptando que una práctica ulterior del turismo operado por Costa Rica en el río San Juan "como mínimo por un decenio" a la cual Nicaragua "nunca se opuso" sino que incluso "adoptó una práctica sostenida de permitir la navegación turística" había conducido a una interpretación distinta del tratado cuyo resultado sería que esos servicios estarían incluidos en el término "objetos de comercio"[135]. Al Magistrado *ad hoc* Guillaume le pareció también "que la práctica concuerda con esto, como demuestra el Memorando de Entendimiento de 5 de junio de 1994 entre los Ministros de Turismo de los dos Estados y el aumento del tráfico turístico de cruceros por el río San Juan en los últimos años"[136].

60. El fallo *Costa Rica c. Nicaragua* demuestra que los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes pueden jugar tanto a favor como en contra de la posibilidad de una interpretación evolutiva. El efecto favorable consiste

---

[131] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), pág. 213.
[132] *Ibid.,* párr. 64.
[133] *Ibid.,* párrs. 66 a 68.
[134] *Ibid.,* párr. 71.
[135] *Ibid.,* Voto particular concurrente del Magistrado Skotnikov, págs. 283 y 285, párr. 9.
[136] *Ibid.,* Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290, 298 y 299, párr. 16.

en confirmar que una interpretación evolucionada de un tratado se puede basar en la práctica ulterior como medio de interpretación auténtico. El efecto restrictivo de la práctica ulterior[137] surge cuando se contrasta con una interpretación evolutiva que se basa en otros motivos, especialmente en el objeto y fin del tratado. Así, los magistrados que pusieron de relieve la necesidad de estabilidad en las relaciones convencionales (Skotnikov, Guillaume) se mostraron partidarios de que se reconociese la interpretación desarrollada oficiosamente por conducto de la práctica ulterior, mientras que la Opinión de la Corte adopta un criterio más dinámico llevando a cabo una forma de interpretación evolutiva más abstracta. En cualquier caso, todos los magistrados de *Costa Rica c. Nicaragua* respaldaron la conclusión de que es posible una interpretación evolutiva si va acompañada de una práctica ulteriormente seguida por las partes que sea común.

61. El enfoque matizado, que se refleja en el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional y en el fallo *Costa Rica c. Nicaragua*, está perfectamente fundamentado en la jurisprudencia de la CIJ. Sin embargo, esto no impide que vuelva a surgir en causas concretas la alternativa entre una interpretación más contemporánea o más evolutiva. El Magistrado Guillaume, en particular, ha apuntado que existían dos tendencias diferentes en la jurisprudencia: una que tendía hacia una interpretación más contemporánea y otra hacia una interpretación más evolutiva[138]. Cabe señalar, sin embargo, que las causas que, según él, se prestan a un enfoque más contemporáneo se refieren sobre todo a términos bastante concretos de tratados de fronteras ("cuencas"[139], "canal principal/vaguada"[140], nombres de lugares[141], "desembocadura" de un río[142]). En esos casos, es plausible que los cambios de significado de una terminología (general o específica) normalmente no afecten a la sustancia del acuerdo concreto, que está concebido para ser lo más estable e independiente de los elementos contextuales que sea posible. En cambio, las causas que respaldarían la legitimidad de una interpretación evolutiva giran en torno a términos cuyo significado depende más inherentemente del contexto. Así ocurre, especialmente, con los términos "las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" o "el bienestar y el desarrollo de esos pueblos" en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones a los que la CIJ, en su opinión relativa a *Namibia*, ha dado una interpretación progresiva remitiéndose a la evolución del

---

[137] Véase, por ejemplo, Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), pág. 246.

[138] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290, 294 y ss., párrs. 9 y ss.; véanse también Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57º período de sesiones (A/60/10), párrs. 467 y 479; Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional, finalizado por Martti Koskenniemi (2006) (A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 478); resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre "Le problème intertemporel en droit international public" (1975), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 536.

[139] *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Fondo) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, pág. 14.

[140] *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1060 y ss., párr. 21.

[141] *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)* (2002), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, parte III, pág. 110, párr. 3.5.

[142] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)* [2002], *I.C.J. Reports 2002*, pág. 339, párr. 48.

derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial[143]. Otros motivos reconocidos para la posibilidad de una interpretación evolutiva son el carácter "genérico" de un término concreto de un tratado[144] y el hecho de que el tratado esté concebido para ser "de duración continua"[145]. Puede haber incluso razones más concretas que pueden justificar una interpretación evolutiva. En el caso *Iron Rhine*, por ejemplo, la continuación de la viabilidad y la efectividad del acuerdo como tal fue una razón importante para que la Corte aceptara que incluso normas bastante técnicas pueden tener que recibir una interpretación evolutiva[146].

62. En cualquier caso, las decisiones en las cuales la CIJ ha llevado a cabo una interpretación evolutiva no se han apartado mucho del texto ni de la intención determinable de las partes en el tratado, que también se hayan formulado en sus acuerdos ulteriores y la práctica que hayan seguido ulteriormente[147]. De ese modo, la interpretación evolutiva no parece ser un método de interpretación independiente, sino más bien el resultado de una aplicación correcta de los medios de interpretación habituales[148]. Es por ello apropiado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior hayan desempeñado una función importante en las principales causas en las que los tribunales internacionales han reconocido y practicado la interpretación evolutiva. En la causa relativa a *Namibia*, por ejemplo, la CIJ se remitió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para concretar las conclusiones que extrajo de la naturaleza inherentemente evolutiva del derecho a la libre determinación. En la causa relativa al *Mar Egeo*, a la Corte le pareció "significativo" que lo que había definido como el "sentido ordinario, genérico" de los términos "controversias relativas al estatuto territorial" estuviese confirmado por la práctica administrativa de las Naciones Unidas y por el comportamiento de la parte que alegaba la interpretación restrictiva en un contexto distinto[149].

63. En conjunto, la jurisprudencia de la CIJ y los tribunales de arbitraje no parece contradecir el "apoyo general hoy entre los principales tratadistas a la interpretación

---

[143] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* [1971], *I.C.J. Reports 1971*, pág. 30, párr. 51.

[144] *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)* [1978], *I.C.J. Reports 1978*, pág. 32, párr. 77.

[145] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), pág. 213**,** párr. 66.

[146] *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. The Netherlands),* Corte Permanente de Arbitraje (laudo de 24 de mayo de 2005), párr. 80: "en el presente caso, lo controvertido no es un término conceptual o genérico, sino más bien avances técnicos nuevos relativos al funcionamiento y la capacidad del ferrocarril"; véase también *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Fallo) [1978], *I.C.J. Reports 1978*, pág. 32, párr. 77; véase *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)* (laudo de 31 de julio de 1989), *Reports of International Arbitral Awards*, págs. 151 y 152, párr. 85.

[147] Véase también *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (1989), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, parte II, págs. 119 y ss. y 151 y ss., párr. 85.

[148] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y 294, párr. 9; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht* (véase la nota 124), pág. 498.

[149] *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* [1978], *I.C.J. Reports 1978*, pág. 31, párr. 74.

evolutiva de los tratados", como ha señalado el Tribunal del caso *Iron Rhine*[150]. Otros órganos judiciales internacionales han mostrado distintos grados de aceptación con respecto a la interpretación evolutiva. El Órgano de Apelación de la OMC solo excepcionalmente ha reconocido y llevado a cabo una interpretación evolutiva, pero en cambio un enfoque evolutivo de la interpretación se ha convertido en un rasgo característico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Convenio Europeo de Derechos Humanos como "instrumento vivo")[151]. Así, aunque seguiría siendo adecuado partir de la presunción de que debe darse una interpretación contemporánea a los tratados, no se trata una presunción inquebrantable y se enfrenta a una lista no cerrada de excepciones.

4. Conclusión: proyecto de conclusión 2

64. Tomadas en conjunto, esas consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión[152]:

Proyecto de conclusión 2

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación auténticos

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

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

---

[150] *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. The Netherlands)* (véase la nota 146), párr. 81; véase, por ejemplo J. M. Sorel, "Article 31", en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités* (Bruylant, 2006), pág. 1330, párr. 55.

[151] OMC, Estados Unidos – Camarones (véase la nota 30), párr. 130; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer* (véase la nota 46), párr. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (véase la nota 42), párr. 119, donde se cita *Öcalan* (véase la nota 46), párr. 163; *Selmouni* (véase la nota 46), párr. 101.

[152] Véanse las conclusiones preliminares 4 y 7 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo (A/66/10, párr. 344), especialmente las conclusiones preliminares 4 y 7 (frases primera y segunda):

> **4) Reconocimiento en principio de los acuerdos ulteriores y las prácticas ulteriores como medio de interpretación**
>
> Todos los órganos judiciales examinados reconocen que los acuerdos ulteriores y las prácticas ulteriores, en el sentido del artículo 31 3) a) y b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados son un medio de interpretación que deben tener en cuenta al interpretar y aplicar tratados.
>
> **7) La interpretación evolutiva y la práctica ulterior**
>
> La interpretación evolutiva es una forma de interpretación orientada al fin. La interpretación evolutiva puede estar guiada por la práctica ulterior en un sentido limitado y en un sentido amplio.

V. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medios de interpretación de un tratado

65. En el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena se reconoce "todo acuerdo ulterior" (1) y en su artículo 31 3) b) se admite "toda práctica ulteriormente seguida" (2) en ciertas condiciones como medios de interpretación de un tratado. La práctica ulteriormente seguida por una o más partes en un tratado también puede ser un medio de interpretación de conformidad con el artículo 32 de la Convención, aun cuando no se cumplan todas las condiciones del artículo 31 3) b). Así pues, han de definirse los conceptos de "acuerdo ulterior" y de "práctica ulterior".

1. Acuerdo ulterior

66. El concepto de "acuerdo ulterior" plantea cuestiones sobre: a) su forma y su diferenciación de la "práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes "; b) su carácter relacional; c) el número necesario de partes; y d) su carácter ulterior.

a) Forma de "todo acuerdo ulterior" y diferencias con la "práctica ulteriormente seguida (…) por la cual conste el acuerdo de las partes"

67. En el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena se utilizan las palabras "acuerdo ulterior" y no las palabras "tratado ulterior". Sin embargo, eso no significa que un "acuerdo ulterior" sea forzosamente menos formal que un "tratado". En tanto que, con arreglo a la Convención, un "tratado" ha de tener forma escrita (artículo 2 1) a) de la Convención), en el derecho internacional general no existe ese requisito[153]. La palabra "acuerdo" en la Convención[154] y en el derecho internacional general tampoco supone cierto grado de formalidad. La Comisión ha explicado que el artículo 39 de la Convención, en el que se establece como norma general que "un tratado podrá ser modificado por acuerdo entre las partes" significa que "el acuerdo por el que se enmiende un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan"[155]. Los redactores de la Convención de Viena tampoco han previsto ningún requisito formal concreto para los acuerdos en el sentido dispuesto en el artículo 31 3) a) y b) de la Convención[156].

---

[153] *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* (competencia y admisibilidad) [1994], *I.C.J. Reports 1994*, pág. 92, párrs. 120 y ss.; véanse Mark E Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2008) pág. 81; Philippe Gautier, "Article 2 (1969)", en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, vol. I* (Oxford University Press, 2011) págs. 38 y ss.; Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996) págs. 49 y ss.; véase también A. Aust, "The theory and practice of informal international instruments" (1986) *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4, págs.787 y 794 y ss.

[154] Véanse los artículos 2 1) a), 3, 24 2), 39 a 41, 58 y 60 de la Convención de Viena.

[155] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, pág. 232; véanse también Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (véase la nota 153), art. 39, pág. 513, párr. 7; Philippe Sands, "Article 39 (1969)", en Corten y Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (véase la nota 153), págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

[156] El proyecto de artículo 27 3) b) de la CDI, que posteriormente pasó a ser el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, contenía la palabra "entendimiento", sustituida por "acuerdo" por la Conferencia de Viena. Esta modificación fue "meramente una cuestión de redacción". Véanse

68. Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. Al interpretar un tratado, lo único que "habrá de tenerse en cuenta", sin que por ello sea vinculante, es precisamente el fin que se persigue mediante un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención[157]. En un informe posterior se examinará la cuestión de determinar cuándo un acuerdo ulterior entre las partes es vinculante y en qué circunstancias es meramente un medio de interpretación entre otros.

69. De todos modos, es necesario distinguir entre un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención y una "práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31 3) b). De lo contrario, todos los acuerdos establecidos por la práctica ulterior serían simultáneamente también "acuerdos ulteriores acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención.

70. Es de destacar antes que nada que, al distinguir entre "todo acuerdo ulterior" (artículo 31 3) a) de la Convención) y la "práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes" (artículo 31 3) b)), la Comisión no se propuso señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos. En el comentario se explica que un "acuerdo ulterior" representa "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"[158] y se indica que la "práctica ulterior" constituye "análogamente" una "prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado"[159]. Esa explicación apunta a que la diferencia entre los dos conceptos estriba en el hecho de que un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que la "práctica ulterior" únicamente produce ese efecto si pone de manifiesto "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos"[160]. Ello da a entender que un "acuerdo ulterior entre las

---

Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones del Comité plenario, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (primer período de sesiones, *Documentos Oficiales*) (Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968) (A/CONF.39/11, pág. 169); Hazel Fox, "Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention", en Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias y Panos Mercouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010), pág. 63; véase también *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, párrs. 23 y ss.

[157] Sin embargo, véase Ronald Bettauer, Asesor Jurídico Adjunto, Departamento de Estado de los Estados Unidos, intervención en la reunión del Comité de Abogados sobre Política Nuclear, celebrada el 10 de octubre de 2006 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York en relación con el tema "¿Están cumpliendo los Estados Unidos el derecho internacional relativo a las armas nucleares?", pasajes reeditados en Sally J. Cummins (ed.), *Digest of United States Practice in International Law 2006* (Instituto de Derecho Internacional, 2007) págs. 1260 y 1261.

[158] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, pág. 243, párr. 14.

[159] *Ibid*., párr. 15.

[160] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, pág. 243, párr. 15; Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), pág. 294.

partes" suele ser más fácil de probar que la "práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes"[161].

71. La jurisprudencia de los tribunales internacionales y otros órganos jurisdiccionales muestra cierta renuencia a distinguir claramente entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. En la causa *Jamahiriya Árabe Libia/Chad*, la CIJ utilizó las palabras "actitudes ulteriores" para calificar a lo que posteriormente denominó "acuerdos ulteriores", así como "actitudes" unilaterales ulteriores[162]. En la causa *Indonesia/Malasia*, la CIJ dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior[163]. En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte se refirió a "posiciones ulteriores" a fin de demostrar que "los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes"[164]. En el laudo sobre CME, un tribunal de la CNUDMI recordó la expresión "posición común" entre el Estado del inversor y el Estado demandado con objeto de confirmar su interpretación del tratado de inversiones sin considerarlo un caso relacionado con el artículo 31 3) a) o b) de la Convención de Viena[165]. Análogamente los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no siempre distinguen con claridad entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior[166].

72. El Panel del TLCAN abordó de manera más explícita en *CCFT (v. United States)*[167] la cuestión de la distinción entre un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención y una práctica ulterior en el sentido del artículo

---

[161] *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1087, párr. 63.

[162] *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* [1994] *I.C.J. Reports 1994*, pág. 34, párrs. 66 y ss.

[163] *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)* [2002], *I.C.J. Reports 2002*, pág. 656, párr. 61.

[164] *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* [1997], *I.C.J. Reports 1997*, pág. 77, párr. 138; véase también *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) (Jurisdiction and Admissibility)* [1995], *I.C.J. Reports 1995*, pág. 122, párr. 28 ("*subsequent conduct*").

[165] *CME Czech Republic B.V. (the Netherlands) v. The Czech Republic* (Final Award), UNCITRAL Arbitration (14 de marzo de 2003), párr. 437 (http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf, consultado el 6 de marzo de 2013).

[166] Véase "Directrices para la Consignación en Listas" en *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones – Informe del Grupo Especial* (2 de abril de 2004) (WT/DS204/R) y en *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas: Informe del Órgano de Apelación* (7 de abril de 2005) (WT/DS285/AB/R); para poder acogerse a un "entendimiento" de 1981, véase *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero: Informe del Grupo Especial*, *sin objeciones* (8 de octubre de 1999) (WT/DS108/R). Véanse "Código SMC" en *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado: Informe del Grupo Especial, sin objeciones* (17 de octubre de 1996) (WT/DS22/R) y una "exención" en *Comunidades Europeas: Banano III, segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, Informe del Órgano de Apelación* (26 de noviembre de 2008) (WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW/USA).

[167] *CCFT (v. United States)* (véase la nota 38); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina* (Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité), caso CIADI núm. ARB/97/3 (3 de octubre de 2001) [2004], Informe CIADI 330, párr. 12; véase Panos Merkouris y Malgosia Fitzmaurice, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", en Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias y Panos Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010), págs. 217 a 233.

31 3) b). En este caso, los Estados Unidos afirmaron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada uno de los tres miembros del TLCAN constituirían, en su conjunto, un acuerdo ulterior[168]. En una primera etapa, el Panel consideró que no había pruebas suficientes para determinar la existencia de un acuerdo ulterior:

> El demandado sostiene que existe ese "acuerdo ulterior" y se remite a sus propias afirmaciones sobre la cuestión, realizadas ante este Tribunal y otros órganos; a la comunicación presentada por México de conformidad con el artículo 1128 en relación con el presente arbitraje; y a las afirmaciones hechas por el Canadá sobre la cuestión, primeramente en relación con la aplicación del TLCAN y después en su contramemoria en el caso Myers.
>
> Todo esto indica ciertamente que está próximo un acuerdo, aunque, para el Tribunal, todo esto no llega al nivel de un "acuerdo ulterior" de las partes en el TLCAN. […] El Tribunal considera que no existe ningún "acuerdo ulterior" sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31 3 a) de la Convención de Viena[169].

73. Sin embargo, en una segunda etapa el Panel consideró que las propias pruebas constituían una práctica ulterior pertinente:

> La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿existe una "práctica ulteriormente seguida" por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31 3) b)? El Tribunal considera que existe. Aunque, para el Tribunal, no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones", las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, sin embargo, existe una "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado"[170].

74. Esa jurisprudencia da a entender que la distinción entre un "acuerdo ulterior" y una "práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el acuerdo de las partes "en el sentido del artículo 31 (3) la Convención apunta a una norma probatoria diferente a los efectos de la determinación de la manifestación "auténtica" de la voluntad de las partes. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se diferencian en función de que puede identificarse una posición común como tal en una expresión común o de que sea necesario identificar indirectamente un acuerdo a través de un comportamiento particular o de circunstancias particulares. A este respecto, ha de manifestarse como tal un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) la Convención, aunque no necesariamente por escrito[171], en tanto que una "práctica ulterior" abarca todas las demás formas de comportamiento ulterior pertinente de una o más de las partes en un tratado cuando ello contribuya a la

---

[168] *CCFT (v. United States)* (véase la nota 38), párrs. 174 a 177.

[169] *Ibid*., párrs. 184 a 187.

[170] *Ibid*., párrs. 188 y 189; en un sentido similar: *Aguas del Tunari SA c. Republica de Bolivia* (TBI Países Bajos-Bolivia) (Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado), caso CIADI núm. RB/02/3 (21 de octubre de 2005) [2005], 20 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* (2006), pág. 450, párr. 251; *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003) (véase la nota 112), pág. 110, párr. 180.

[171] Sorel, "Article 31" (véase la nota 150, pág. 1320, párr. 43; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), pág. 209.

manifestación de un acuerdo de las partes en relación con la interpretación del tratado.

75. Así pues, si bien una "práctica ulterior" puede contribuir a identificar un acuerdo entre las partes, esa práctica no es el acuerdo propiamente dicho. Sin embargo, no se excluye que coincidan la "práctica" y el "acuerdo" y que no puedan distinguirse entre sí a partir de indicios externos. Eso explica por qué se utiliza con frecuencia la expresión "práctica ulterior" en el sentido de una categoría general más amplia que abarca los dos medios de interpretación a los que se refiere el artículo 31 3) a) y b) la Convención[172]. Ese concepto amplio de la "práctica ulterior", aunque es perfectamente posible en teoría, neutralizaría, sin embargo, la distinción que contiene la Convención y que sirve para alertar a los Estados y otros encargados de aplicar la ley sobre los diferentes tipos de comportamiento interpretativo ulterior pertinente de las partes.

b) Carácter relacional

76. Ha de concertarse un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención "acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" y que sea, por consiguiente, relacional. Mediante tal acuerdo, las partes han de proponerse, posiblemente entre otros objetivos, aclarar el sentido de un tratado o indicar cómo ha de aplicarse el tratado[173].

77. Frecuentemente puede reconocerse una referencia "acerca […] del tratado" mediante alguna indicación de la subordinación del "acuerdo ulterior" al tratado al que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado ulterior que contenga un acuerdo acerca del significado de un tratado anterior entre las mismas partes. En la causa *Dinamarca c. Noruega*, por ejemplo, la CIJ examinó si un "tratado ulterior" entre las partes "en la misma esfera" podía utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior, aunque rechazó esa posibilidad porque el último tratado no se "refería" en modo alguno al tratado anterior[174]. En la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, el Magistrado Guillaume se refirió a la práctica real del turismo en el río San Juan de conformidad con un memorando de entendimiento entre los dos Estados[175]. No obstante, la cuestión que se plantea es determinar si las partes entendieron que ese memorando de entendimiento concreto servía para interpretar el tratado de límites que se estaba examinando. Así pues, incluso un acuerdo expreso entre las partes no es necesariamente un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención si no está suficientemente relacionado con el tratado que se examina.

---

[172] *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Medidas provisionales, orden de 13 de julio de 2006) [2006], *I.C.J. Reports 2006,* pág. 113, párr. 53: en esta causa, incluso un acuerdo verbal expreso ulterior ha sido calificado por una de las partes como "práctica ulteriormente seguida".

[173] OMC, *Estados Unidos – Atún II (México)* (véase la nota 80), WT/DS381/AB/R, párrs. 366 a 378, en particular el párr. 372; Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), págs. 164 y ss.

[174] *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [1993], *I.C.J. Reports 1993*, pág. 51, párr. 28.

[175] *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (véase la nota 19), Declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y 298 a 299, párr. 16.

78. A los efectos de la actual definición, no necesario desarrollar de manera más concreta el carácter relacional de un "acuerdo ulterior". Eso se hará en una etapa posterior.

c) Número de partes

79. Un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención es un acuerdo entre "las partes", esto es, entre todas las partes en el tratado (artículo 2 1) g) de la Convención). Sin embargo, eso no significa necesariamente que la expresión "acuerdo ulterior", considerada en sí misma e independientemente del artículo 31 3) a), se limite, a los efectos de la interpretación de los tratados, a los acuerdos entre todas las partes en un tratado. De hecho, también hay ejemplos de acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado en relación con su interpretación.

80. Los tratados con el mayor número de miembros se aplican en ocasiones mediante ulteriores acuerdos bilaterales o regionales. Esos acuerdos suelen incluir afirmaciones sobre la interpretación permisible del propio tratado subyacente ("bilateralismo en serie")[176]. El Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, de 1944[177], es un ejemplo de esa forma de aplicación posterior mediante acuerdos bilaterales dentro de un marco convencional multilateral. Desde la entrada en vigor del Convenio de Chicago, se han concertado entre 3.000 y 4.000 acuerdos de servicios aéreos (ASA) o acuerdos de transporte aéreo (ATA)[178]. Este sistema bilateral ha sido descrito como una "compleja red de ASA interconectados"[179] que "evolucionó a través de la práctica ulteriormente seguida por los Estados"[180]. Esos tratados bilaterales no son, por sí mismos, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención de Viena, dado que únicamente son concertados por un número limitado de partes en el tratado multilateral. No obstante, si se consideran en su conjunto y son suficientemente coherentes y generalizados, pueden constituir un acuerdo entre todas las partes en relación con el significado y alcance de una disposición del tratado multilateral respectivo.

81. ¿Deben ser considerados esos acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado en relación con su interpretación un "acuerdo ulterior" (en sentido amplio) o debe circunscribirse la utilización de la expresión "acuerdo ulterior" a los acuerdos concertados "entre [todas] las partes" en tratado, según lo dispuesto en el artículo 31 3) a) de la Convención? Se trata en definitiva de una cuestión de conveniencia terminológica, dado que la respuesta a esta pregunta no entraña una

---

[176] La expresión está tomada de Eyal Benvenisti y George W Downs, "The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law" (2007) *Stanford Law Review*, vol. 60, págs. 610 y 611.

[177] Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) (aprobado el 7 de diciembre de 1944, entró en vigor el 4 de abril de 1947) *United Nations Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295.

[178] Véase Harry A. Bowen, "The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945)" 13 *George Washington Law Review*, págs. 308 y 309 y ss.

[179] Departamento de Infraestructura y Transporte, Australia, "The Bilateral System – how international air services work" (http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx, consultado el 31 de enero de 2013).

[180] Brian F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Kluwer Law International, 2009) pág. 10.

conclusión en relación con el valor de un "acuerdo ulterior" entre un número limitado de Estados partes a los efectos de la interpretación del tratado. Por consiguiente, en teoría es posible distinguir entre, por una parte, un acuerdo (ulterior) entre un número limitado de partes en relación con la interpretación de un tratado y, por otra, acuerdos (ulteriores) en relación con la interpretación de un tratado entre todas las partes en el tratado. Esa distinción no sería contraria a lo dispuesto en el artículo 31 3) a) de la Convención, dado que dicha disposición únicamente se refiere a la segunda opción, sin excluir la posibilidad de que la primera sea un medio complementario de interpretación con arreglo al artículo 32 la Convención u otro instrumento.

82. Sin embargo, en definitiva es más conveniente, a los efectos del presente proyecto, limitar la utilización de la expresión "acuerdo ulterior" a los acuerdos entre todas las partes en un tratado cuando se manifiesten en un acuerdo individual (o en un acto en relación con el cual estén de acuerdo todas las partes, cualquiera que sea su forma)[181]. El ejemplo de los ASA bilaterales pone de manifiesto que un grupo de diferentes acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado multilateral también puede ser considerado una serie de diferentes elementos objetivos —una "práctica ulterior"— que conjuntamente sirvan para que "conste el acuerdo de las partes acerca de" la interpretación del tratado en el sentido del artículo 31 3) b) la Convención.

83. Un grupo de diferentes acuerdos entre un número limitado de partes no es un acuerdo individual, tal como indica la expresión "todo acuerdo ulterior" del artículo 31 3) a) de la Convención. En aras de la claridad terminológica, el concepto de "acuerdo ulterior" debe circunscribirse a los acuerdos individuales entre todas las partes, tal como se indica en el artículo 31 3) a). Los acuerdos ulteriores abre paréntesis (en un sentido amplio) entre un número limitado de partes pueden tener un valor interpretativo como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención, pero, en este caso, son una forma de "práctica ulterior" (en un sentido amplio) que no sirve (aún) para constatar el acuerdo de todas las partes (véase más abajo la sección V 2 a)).

d) "Ulterior"

84. La Comisión ha explicado que la expresión "acuerdos ulteriores" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención se refiere únicamente a los alcanzados "después de la celebración del tratado"[182]. Ese momento concreto no es necesariamente el momento en que el tratado ha entrado en vigor (artículo 24 la Convención). Los artículos 18 y 25 de la Convención muestran que un tratado puede ser ya considerado "concluido" a ciertos efectos antes de su entrada en vigor real.

---

[181] Véanse OMC, *Estados Unidos – Atún II (México)* (véase la nota 80), WT/DS381/AB/R, párr. 371; Conferencia de Examen del Estatuto de Roma (Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010), RC/Res. 6, anexo III, aprobada en la 13ª sesión plenaria, celebrada el 11 de junio de 2011; y, en general, Stefan Barriga y Leena Groover, "A historic breakthrough on the crime of aggression" (2011), *American Journal of International Law,* vol. 105, núm. 3, págs. 517 y 533. Este aspecto se examinará con más detalle en un informe posterior.

[182] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, pág. 243, párr. 14.

En tales casos, el momento pertinente es cuando se constata que el texto del tratado es definitivo[183].

85. Ese momento concreto también es apropiado para determinar el momento a partir del que un acuerdo puede considerarse "ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención. Sería difícil conocer la razón por la que no debería ser tan pertinente a los efectos de interpretar que es un acuerdo concertado después de la entrada en vigor del tratado un acuerdo entre las partes que se concierta entre el momento en que el texto del tratado se ha establecido como definitivo y la entrada en vigor del tratado. Ello está en consonancia con el régimen de las reservas de los artículos 19 a 23 de la Convención y con las normas sobre las declaraciones interpretativas, que son *lex specialis*[184].

86. La cuestión de determinar desde cuándo un acuerdo es "ulterior" ha de distinguirse de la cuestión de determinar el momento concreto a partir del cual el acuerdo está operativo entre las partes como medio de interpretación del tratado. Ello depende del momento en que cada uno de los Estados que han alcanzado el acuerdo pasa realmente a ser "parte" en el tratado, esto es, "un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor" (artículo 2 g) de la Convención).

87. Los "acuerdos" e "instrumentos"[185] que "haya [n] sido concertado [s] […] con motivo de la celebración del tratado" (artículo 31 2) de la Convención) pueden concertarse antes o después del momento en que el texto del tratado se considere definitivo[186]. Si se conciertan después de ese momento, tales "acuerdos" e "instrumentos" convenidos constituyen modalidades especiales de "acuerdos ulteriores".

e) Acuerdos interpretativos de conformidad con una disposición concreta de un tratado

88. Ciertas disposiciones de tratados, como el artículo IX.2 del Acuerdo por el que se estableció la OMC, prevén que las partes, en determinadas circunstancias, pueden adoptar una interpretación más o menos vinculante respecto de algunas o todas las disposiciones del tratado. Los efectos jurídicos de las decisiones de las partes de conformidad con tales disposiciones se rigen, en primer lugar, por las disposiciones específicas del respectivo tratado. Sin embargo, eso no impide que, al mismo tiempo, tales decisiones constituyan un "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención. Eso ha sido reconocido, por ejemplo, por un panel del TLCAN en el caso *Methanex c. los Estados Unidos*. Ese caso se refería una disposición (el artículo 1105 del TLCAN) respecto de la cual las partes en el TLCAN habían adoptado una "nota interpretativa" ("Nota de la Comisión de Libre

---

[183] Yearbook of the International Law Commission (1951), vol. II, págs. 70 y ss.; Yearbook of the International Law Commission (1956), vol. II, pág. 112; Shabtai Rosenne, "Treaties, Conclusion and Entry into Force" en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), pág. 933: "Strictly speaking it is the negotiation that is concluded through a treaty"; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (véase la nota 153, págs. 1295 a 1298, párrs. 9 a 13.

[184] Véase el documento A/66/10/Add.1.

[185] Pueden incluir declaraciones unilaterales si la otra parte no se opone; véase Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *BVerfGE*, vol. 40, pág. 176; véase, en general, Gardiner (véase la nota 171, págs. 215 y 216).

[186] Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law* (véase la nota 77), pág. 1274, párr. 632.

Comercio) de conformidad con el artículo 1131 2) del TLCAN, nota según la que "la Comisión (intergubernamental) de Libre Comercio puede adoptar una interpretación de una disposición del TLCAN que sea obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con el capítulo XI":

> Dejando al margen los efectos del artículo 1131 2) del TLCAN, la interpretación de la Comisión Federal de 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 TLCAN[187].

89. Aunque la Nota de la Comisión Federal de Comercio ha sido objeto de una reacción dispar por parte de algunos paneles establecidos en virtud del capítulo XI[188], los paneles no han cuestionado en general que una decisión adoptada de conformidad con el artículo 1131 2) del TLCAN pueda, en principio, constituir simultáneamente un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención de Viena. Análogamente, el Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido lo siguiente en *Comunidades Europeas: Banano III*:

> A nuestro entender, una interpretación multilateral de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC puede equipararse a un acuerdo ulterior acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones conforme al apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, por lo que respecta a la interpretación de los Acuerdos de la OMC
>
> [...]
>
> Observamos asimismo que la Comisión de Derecho Internacional ("CDI"), en su comentario acerca de los proyectos de artículos sobre el derecho de los tratados, describe un acuerdo ulterior en el sentido del apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena como "otro elemento auténtico de interpretación que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto". A nuestro juicio, la CDI, al referirse a la "interpretación auténtica", entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado. En el contexto de la OMC, las interpretaciones multilaterales adoptadas conforme al

---

[187] *Methanex Corporation v. United States of America* (laudo definitivo del Tribunal sobre la jurisdicción y el fondo del asunto), arbitraje de la CNUDMI de conformidad con el TLCAN, capítulo XI (3 de agosto de 2005), parte II, cap. H, párr. 23 (http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf, consultado el 28 de enero de 2013).

[188] *Pope & Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)* (laudo sobre el fondo de la etapa 2), arbitraje de la CNUDMI con arreglo al capítulo XI del TLCAN (10 de abril de 2001), párrs. 46 y ss. (http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf, consultado el 28 de enero de 2013); *ADF Group Inc. v. United States of America* (laudo), arbitraje del CIADI con arreglo al capítulo XI del TLCAN, caso núm. ARB(AF)/00/1 del CIADI (9 de enero de 2003), párr. 177 (http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf, consultado el 28 de enero de 2013); Charles Brower, "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105" (2006), *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, núm. 2, págs. 349 y 350 con más citas; Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation" (2010), *American Journal of International Law,* vol. 104, núm. 2, págs. 179 a 225.

> párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC son muy parecidas a los acuerdos ulteriores en el sentido del apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, … [189].

90. Sin embargo, eso no significa que toda decisión o todo acuerdo de las partes de conformidad con una disposición concreta de un tratado que tenga consecuencias para la interpretación sea forzosamente también un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) de la Convención . No obstante, a los efectos definitorios actuales, es suficiente con destacar que un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) no tiene por qué ser forzosamente independiente, sino que también puede figurar en el propio tratado.

2. Práctica ulterior

91. Al igual que en el caso del "acuerdo ulterior", el concepto de "práctica ulterior" plantea varias cuestiones desde el punto de vista de la definición. Las más importantes son las siguientes: a) si la expresión debe entenderse de manera restringida o amplia; b) el carácter "relacional" de la práctica ulterior; c) el significado de "ulteriormente seguida"; y d) quiénes son los agentes pertinentes.

a) ¿Definición restringida o amplia?

92. En *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*[190], el Órgano de Apelación de la OMC ha establecido una definición restringida de la práctica ulterior a los efectos de la interpretación de los tratados:

> … la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente" de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[191].

93. Esa definición no se limita a describir la "práctica ulteriormente seguida" por las partes en la aplicación del tratado propiamente dicho[192], sino que también agrega otros elementos que figuran en el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, en particular "el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". La definición da a entender que solo "la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado" "por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" puede ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o más de las partes. No obstante, esa sugerencia puede inducir a error. La jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales internacionales (i) e incluso la jurisprudencia de la propia OMC (ii) demuestran que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31 3) b) la Convención no es la única modalidad de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de un tratado que resulta pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Ello conduce a la

---

[189] *Comunidades Europeas: Banano III, segundo recurso al artículo 21.5, Informe del Órgano de Apelación* (26 de noviembre de 2008) WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1 y WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, párrs. 383 y 390.

[190] OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* (véase la nota 31), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, e Informe del Grupo Especial (11 de julio de 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R.

[191] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, secc. E.

[192] Se ha agregado la cursiva.

conclusión de que la "práctica ulteriormente seguida" en la aplicación de un tratado por una o más partes debe distinguirse de la cuestión de si esa "práctica ulteriormente seguida" sirve para que "conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" (iii).

i) Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales

94. Los tribunales internacionales distinguen entre la "práctica ulterior" convenida en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, por una parte, y la práctica ulterior en un sentido más amplio por una o más de las partes en el tratado, que también puede ser pertinente a los efectos de la interpretación.

95. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la CIJ consideró que un informe de un experto técnico que había sido encargado por una de las partes y que "había seguido siendo en todo momento un documento interno"[193], aunque no representaba "una práctica ulterior por la cual consta el acuerdo de las partes en el sentido del" artículo 31 3) b) la Convención, podía "no obstante, respaldar las conclusiones" a que había llegado la Corte por otros medios e interpretación[194]. Lo mismo cabía decir respecto de las "conclusiones fácticas a que llegaron por separado las partes interesadas" y "que se manifestaron de manera coincidente en un informe conjunto"[195]. Ciertamente esa práctica interpretativa ulteriormente seguida de carácter unilateral o paralelo no tiene el mismo peso que la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de todas las partes y, por consiguiente, no puede constituir una interpretación "auténtica" de un tratado por sus partes.

96. Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en un sentido amplio[196]. Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios podían adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y estaban legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el tribunal que estaba examinando el caso de *CMS Gas c. la Argentina* manifestó que:

> La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. […] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada […] entre otros ejemplos, demuestran una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales[197].

97. En algunas causas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha remitido al artículo 31 3) b) de la Convención de Viena sin señalar ningún acuerdo entre las partes en relación con la respectiva práctica ulterior. Así, el Tribunal afirmó en

---

[193] *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1078, párr. 55.

[194] *Ibid*., pág. 1096, párr. 80.

[195] *Ibid*.

[196] Fauchald (véase la nota 35), pág. 345.

[197] *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Tratado Estados Unidos/Argentina) (Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción), Caso núm. ARB/01/8 del CIADI (17 de julio de 2003) [2003], *7 Informe del CIADI,* art. 492 (2003), párr. 47 (se ha omitido la nota de pie de página).

Loizidou c. Turquía[198] que su interpretación se veía "confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes"[199], esto es, la prueba de una "práctica que denota prácticamente un acuerdo universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 [...] de la Convención no permiten restricciones territoriales o sustantivas"[200].

98. El Tribunal Europeo se ha basado más frecuentemente, aunque de manera no necesariamente uniforme, en la práctica ulteriormente seguida por los Estados al referirse a la legislación nacional e incluso a la práctica administrativa interna como medios de interpretación: desde *Tyrer c. el Reino Unido* el Tribunal ha solido dar a sus interpretaciones "dinámicas" o "evolutivas" una dirección al describir la práctica ulteriormente seguida por los Estados (y otras entidades) y basarse en ella. En función de los resultados de su análisis —consenso, no consenso o una mayoría o tendencia suficientemente calificada— el Tribunal procede a realizar o no una interpretación dinámica. En la causa *Demir y Baykara c. Turquía*[201], por ejemplo, el Tribunal sostuvo que "en cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con las autoridades"[202] y que "las demás excepciones puede justificarse únicamente por circunstancias particulares"[203]. Por otra parte, en *Koch c. Alemania,* el Tribunal destacó que las partes contratantes estaban "lejos de alcanzar un consenso" en relación con el hecho de permitir la asistencia al suicidio y, por ello, se negó a limitar su margen de apreciación mediante la adopción de una interpretación evolutiva[204]. Por último, en *SH y otros c. Austria,* el Tribunal señaló que un "consenso incipiente" no era suficiente por sí mismo para restringir el margen de apreciación de los Estados miembros a los efectos de permitir o no donaciones de gametos para la fertilización *in vitro*[205].

99. Incluso en los casos infrecuentes en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos han tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes[206], no han limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine*

---

198 *Loizidou* (véase la nota 42).

199 *Ibid*., párr. 79.

200 *Ibid*., párr. 80; es de destacar que el Tribunal describió "esa práctica de los Estados" como "uniforme y coherente" pese al hecho de que había reconocido que ambos Estados constituían probablemente excepciones (Chipre y el Reino Unido: "cualquiera que sea su significado"), párrs. 80 a 82.

201 *Demir and Baykara* (véase la nota 42).

202 *Ibid*., párr. 52.

203 *Ibid*., párr. 151; análogamente *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de julio de 2007), párr. 69, seleccionado para su publicación en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions; Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland* (1993), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 264, párr. 35; *A v. the United Kingdom* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-X), párrs. 80 y 83.

204 *Koch v. Germany*, demanda núm. 497/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de julio de 2012), párr. 70.

205 *SH and Others v. Austria* [GC], demanda núm. 57813/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de noviembre de 2011), párr. 96; véase también *Stummer v. Austria* [GC], demanda núm. 37452/02 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011), párrs. 105 a 109 y 129 a 132, en que el Tribunal observó asimismo únicamente una "tendencia evolutiva" y, al no detectar un "consenso europeo", se negó a realizar una interpretación dinámica.

206 Véase *supra*, en especial el párr. 39.

y Benjamin y otros vs. Trinidad and Tobago[207], la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento del que resultase la muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era

> útil proporcionar algunos ejemplos a este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte[208].

y señaló que

> [e]n estos es bien conocida la graduación de las hipótesis de privación de la vida según la gravedad que cada una reviste: del homicidio simple al parricidio. En todos ellos, diversas punibilidades corresponden a diversas gravedades[209].

100. Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior cuando esta procede de la justificación de una injerencia en los derechos recogidos en el Pacto[210]. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (restricciones permisibles a la libertad de expresión), el Comité examinó la práctica pertinente de los Estados. Sobre la base de la observación de que:

> se aplican restricciones análogas en muchos países[211],

el Comité consideró que el objetivo perseguido por la legislación impugnada no quedaba fuera los objetivos legítimos del artículo 19 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[212]. No obstante, cuando tiene en cuenta la práctica ulterior, el Comité lo hace mediante una evaluación sumaria y no facilita referencias concretas[213].

101. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si mediante esa práctica constaba realmente un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado. En el asunto *M/V "SAIGA" (No. 2)*[214], por ejemplo, el Tribunal examinó la práctica de los Estados en relación con el derecho a la legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Tomando como base la "práctica normalmente seguida para detener un buque", el Tribunal no especificó la práctica respectiva de los Estados, sino que dio por sentado que existía

---

[207] *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (véase la nota 94) (voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez).

[208] *Ibid*., párr. 12.

[209] *Ibid*.

[210] *Kim Jong-Cheol c. la República de Corea* (27 de julio de 2005) (CCPR/C/84/D/968/2001). Comunicación núm. 968/2001.

[211] *Ibid*., párr. 8.3.

[212] *Ibid*.

[213] Véase un caso similar en *Yoon y Choi c. la República de Corea* (véase la nota 56), párr. 8.4; en este caso (véase el documento CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, apéndice), el Sr. Wedgwood, miembro del Comité, criticó el enfoque de este por considerar que mostraba una perspectiva selectiva.

[214] *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Judgment)* (véase la nota 97), párrs. 155 y 156.

una determinada norma general[215]. En los casos relativos al *Atún meridional de aleta azul*, el Tribunal consideró que la práctica seguida por las partes con arreglo al Convenio para la conservación del atún meridional de aleta azul, de 1993, era pertinente para evaluar el alcance con que los Estados habían cumplido sus obligaciones con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[216]. Así pues, teniendo en cuenta la práctica de otro tratado con diferentes partes, el Tribunal ha utilizado la práctica (ulteriormente seguida) en el marco de un tratado diferente que no abarca a todas las partes en la Convención sobre el Derecho del Mar[217].

102. En el fallo dictado en la causa *Jelisic*, se describe el enfoque metodológico global de los tribunales penales internacionales. En relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la práctica generada en su marco,

> la Sala de Primera Instancia […] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados […] La Sala de Primera Instancia también tuvo en cuenta la práctica ulterior basada en la Convención. Se atribuyó especial importancia a los fallos dictados por el Tribunal para Rwanda […] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente la de sus tribunales nacionales, y la labor de las autoridades internacionales en esa esfera[218].

103. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha tenido en cuenta formas incluso más generales de práctica de los Estados, incluidas tendencias en la legislación de los Estados Miembros, que, a su vez, pueden dar lugar a una nueva interpretación del alcance de los delitos o de sus componentes[219].

ii) Jurisprudencia de los órganos judiciales de la OMC

104. Incluso los órganos judiciales de la OMC distinguen ocasionalmente entre la "práctica ulterior" que se ajusta a todas las condiciones del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena y otras formas de práctica ulterior en relación con la aplicación de un tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*[220] (no se presentó una apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la "doctrina de las pequeñas excepciones" relativa a los pagos por concepto de

---

[215] *Ibid.*, párr. 156; véase también *The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release* (fallo de 6 de agosto de 2007), caso núm. 15 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, párr. 72.

[216] *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (medidas provisionales, orden de 27 de agosto de 1999), casos núms. 3 y 4 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, párr. 50.

[217] *Ibid.*, párr. 45.

[218] *Jelisic* (véase la nota 65), párr. 61 (se han omitido las notas de pie de página); análogamente *Krstić* (véase la nota 65), párr. 541.

[219] *Furundzija* (véase la nota 100), párrs. 165 y ss. y 179.

[220] *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, informe del Grupo Especial (15 de junio de 2000), WT/DS160/R.

regalías[221]. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y destacó lo siguiente:

> […] recordamos que en el párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulterior, o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones[222].

Además, el Grupo Especial agregó la siguiente nota de pie de página como precaución:

> Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una "práctica seguida ulteriormente" en el sentido del apartado b) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena[223].

105. Otro ejemplo de utilización de la práctica ulterior en un sentido amplio se da en el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, en el que el Órgano de Apelación criticó al Grupo Especial por no haber tenido cuenta ciertas decisiones adoptadas por el Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) como práctica pertinente ulteriormente seguida:

> Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones […]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX[224].

---

[221] Véase Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), artículo 9.1.

[222] *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, informe del Grupo Especial (véase la nota 220), párr. 6.55.

[223] *Ibid*., véase la nota 68.

[224] *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 79), párr. 90; véase también Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the la OMC Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), pág. 342.

106. Así, si se realiza un examen más a fondo, se observa que la jurisprudencia de los órganos judiciales de la OMC distingue entre una definición restringida que establece las condiciones en que la "práctica ulterior" es totalmente pertinente en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena y un concepto más amplio de la práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado[225]. Esa práctica ulterior en un sentido amplio puede entonces ser pertinente como medio complementario de interpretar un tratado en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.

iii) Conclusiones

107. En la jurisprudencia de los tribunales internacionales, incluido el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, se reconoce que no solamente la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" puede ser pertinente a los efectos de la interpretación, sino posiblemente también otra práctica ulteriormente seguida que no se hace eco de ningún acuerdo sobre la interpretación por todas las partes. Así pues, el concepto de "práctica ulterior" debe definirse en sentido amplio. Una definición restringida, como la del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón: bebidas alcohólicas II*[226], puede ser útil para reconocer una interpretación totalmente convenida y auténtica de un tratado en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena. La toma en consideración de otra práctica convencional por los Estados a los efectos de la interpretación no debe excluirse desde un primer momento, dado que, en algunas situaciones, puede servir como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. Esa utilización de la práctica ulterior (en sentido amplio) debe, no obstante, mantenerse siempre dentro del límite del principio de que la interpretación de un tratado no es discrecional y de que "la opinión de un Estado no es fuente de derecho internacional"[227]. La distinción entre la práctica ulterior convenida en el sentido restringido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena y el resto de la práctica ulterior (en un sentido amplio) sirve entonces para indicar que ha de atribuirse a la primera de ellas un mayor valor interpretativo.

108. La distinción entre la práctica ulterior (convenida) en el sentido restringido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena y la práctica ulterior en un sentido

---

[225] Véase también OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), Informe del Órgano de Apelación* (29 de junio de 2012), WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, párr. 452.

[226] Véase el párr. 92 *supra*; el Órgano de Apelación ha tomado la fórmula de una publicación de Sir Ian Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2ª ed.), Manchester University Press, 1984, pág. 137), quien se basa en la formulación similar en francés realizada por Mustafa Kamil Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités" (1976, vol. 3), *Recueil des Cours*, vol. 151, págs. 48 y 49. Yasseen, exmiembro de la CDI, se había basado en elementos de la labor de la Comisión, pero esta definición nunca fue adoptada por la CDI ni por la CIJ.

[227] *Procedimiento entre Sempra Energy International y la República Argentina* (laudo), caso núm. ARB/02/16 del CIADI (28 de septiembre de 2007), párr. 385 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, consultado el 6 de marzo de 2013); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (laudo), caso núm. ARB/01/3 del CIADI (22 de mayo de 2007), párr. 337; OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación),* informe del Grupo Especial (22 de octubre de 2010), WT/DS353/R, párr. 7.953, nota 2420.

amplio en cualquier caso concreto de interpretación o aplicación de un tratado por una de las partes también sirve para responder a la cuestión de si la "práctica ulterior" exige una actuación repetida con alguna frecuencia[228] o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez[229]. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha considerado lo siguiente:

> Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulterior; sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes[230].

109. No obstante, si el concepto de práctica ulterior se divulga a partir de un posible acuerdo entre las partes, tal como reconocen los órganos judiciales internacionales, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de "práctica ulterior"[231].

110. Así pues, la "práctica ulterior" en sentido amplio abarca toda aplicación del tratado por una o más partes. Puede revestir diversas formas[232]. La práctica puede consistir en una aplicación directa del tratado respectivo o ser una declaración relativa a la interpretación o la aplicación del tratado. Esa práctica puede incluir declaraciones oficiales del significado del tratado, protestas por el incumplimiento o un consentimiento tácito respecto de las declaraciones o actos de otras partes[233].

b) Carácter relacional

111. Al igual que en el caso de un acuerdo ulterior de conformidad con el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena, la práctica ulterior ha de darse "en la aplicación del tratado". Ello es así no solo en el caso de la práctica ulterior que se convenga de conformidad con el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, sino también en el caso de la práctica ulterior en general. Así, la actuación o el silencio pertinente[234] ha de tenerse en cuenta al aplicar el tratado, incluida la invocación de las disposiciones del tratado; lo mismo cabe decir respecto de los pronunciamientos sobre el tratado en el transcurso de una controversia jurídica o en una conferencia diplomática; las comunicaciones oficiales a que haya dado lugar el tratado; o la promulgación de legislación nacional o la concertación de nuevos acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado.

112. No obstante, es de destacar que un Panel del TLCAN ha negado que la legislación nacional pueda utilizarse como medio de interpretación:

---

[228] Villiger (véase la nota 153), pág. 431.

[229] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (véase la nota 173), pág. 166.

[230] *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II,* Órgano de Apelación (véase la nota 31), secc. E.

[231] Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruylant, 2006), págs. 506 y ss.

[232] Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000), pág. 191.

[233] Wolfram Karl (véase la nota 160), págs. 114 y ss.

[234] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 222, párr. 15; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (cuestiones de fondo) [1962], *I.C.J. Reports 1962*, pág. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (competencia y admisibilidad) [1984], *I.C.J. Reports 1984*, pág. 410, párr. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, párrs. 168 y 169; el papel del silencio se explicará con más detalle en el siguiente informe sobre el tema.

> Por último, habida cuenta de que ambas partes se han referido a su legislación nacional sobre el transporte terrestre, el Panel considera apropiado remitirse al artículo 27 de la Convención de Viena, a cuyo tenor "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Esa disposición apunta a que el Panel debe examinar no las leyes nacionales, sino el derecho internacional vigente. Así pues, el derecho interno de los Estados Unidos y el derecho mexicano no deben utilizarse para la interpretación del TLCAN. Hacerlo entrañaría aplicar un marco jurídico no apropiado[235].

113. Aunque la norma que contiene el artículo 27 de la Convención de Viena es ciertamente válida e importante, de ella no se infiere que el derecho nacional no pueda tenerse en cuenta como posible instrumento de interpretación en forma de práctica estatal ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. Otros órganos judiciales internacionales, particularmente en el contexto de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han reconocido y distinguido sistemáticamente entre la legislación nacional (y otras medidas de aplicación en el plano nacional) que viola las obligaciones de un tratado y la legislación y las medidas racionales que pueden servir para interpretar el tratado[236].

114. La práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado debe, por una parte, distinguirse de otros factores ulteriores menos inmediatos que pueden o no tener influencia en la interpretación de un tratado. Ello es así porque los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes "acerca de la interpretación del tratado" pueden, por lo menos en teoría, contribuir a configurar un elemento "auténtico" de la interpretación del tratado. Aunque en definitiva puede que no exista una clara línea divisoria entre la práctica ulteriormente seguida por las partes referida concretamente a un tratado y la práctica que guarda cierta relación significativa con ese tratado, sin embargo tiene sentido distinguir entre ambas categorías. Únicamente el comportamiento que tengan las partes "acerca de la interpretación del tratado" debe considerarse una contribución "auténtica" a la interpretación.

115. No siempre resulta fácil distinguir, por una parte, entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior y, por otra, "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (artículo 31 3) c)). Al parecer, para establecer esa distinción lo más importante es determinar si se ha concluido un acuerdo "acerca de la interpretación" de un tratado.

---

[235] En relación con el asunto *Cross-Border Trucking Services* (véase la nota 86), párr. 224.

[236] Véanse, por ejemplo, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos,* informe del Grupo Especial (nota 220), párr. 6.55; *Estados Unidos: continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, informe del Grupo Especial, WT/DS350/R, párr. 7.217; OMC, *Estados Unidos: derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, informe del Órgano de Apelación (11 de marzo de 2011), WT/DS379/AB/R, párrs. 335 y 336; *Procedimiento entre CMS Gas Transmission Company y la República Argentina* (véase la nota 197), párr. 47; *V v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24888/94, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* [GC], demanda núm. 8917/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de diciembre de 2009), párr. 54, seleccionado para su publicación en *Reports of Judgments and Decisions*; *Sigurjónsson* (véase la nota 203), párr. 35; *A v. the United Kingdom* (véase la nota 203), párr. 80.

c) Ulterior

116. En cuanto a los acuerdos ulteriores, la práctica interpretativa pertinente es "ulterior" si ha tenido lugar "después de la celebración del tratado"[237], esto es, después de que se haya determinado que el texto del tratado es definitivo[238].

d) Agentes

117. Una cuestión importante guarda relación con los agentes que pueden realizar una práctica ulterior pertinente. En el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena no se requiere expresamente que ha de ser la práctica de las partes en el tratado, aunque la disposición parece dar a entender ese requisito. Son ciertamente las partes, actuando a través de sus órganos[239], las que son competentes para realizar una práctica interpretativa del tratado y aplicarlo o formular observaciones sobre él. No obstante, tampoco se excluye que ciertas personas privadas (naturales y jurídicas) "apliquen" un tratado en determinados casos. Sin embargo, esa práctica no estatal ha de ser atribuible a un Estado parte concreto a fin de ser pertinente a los efectos de determinar un elemento auténtico de interpretación[240]. Este aspecto se desarrolla más abajo en la sección VI (proyecto de conclusión 4).

3. Conclusión: proyecto de conclusión 3

118. Tomadas en conjunto, esas fuentes y consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión 3[241]:

> **Proyecto de conclusión 3**
> **Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medio de interpretación de un tratado**
>
> *A los efectos de la interpretación de un tratado, un "acuerdo ulterior" es un acuerdo manifestado entre las partes después de la celebración de un tratado en relación con su interpretación o la aplicación de sus disposiciones.*

---

[237] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 221, párr. 14.

[238] Véanse los párrs. 84 a 87 *supra*.

[239] Karl (véase la nota 160), págs. 115 y ss.

[240] Véanse los párrs. 119 a 144 *infra*.

[241] Véanse las conclusiones preliminares 5 y 8 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo (A/66/10, párr. 344), en especial la conclusión preliminar 5:

> **5) Concepto de práctica ulterior como medio de interpretación**
>
> La mayoría de los órganos decisorios examinados no han definido el concepto de práctica ulterior. La definición acuñada por el Órgano de Apelación de la OMC ("secuencia concordante, común y consistente de actos o pronunciamientos que es suficiente para establecer una pauta discernible que implique el acuerdo de las partes [en el tratado] respecto de su interpretación") combina el elemento de la "práctica" ("secuencia de actos o pronunciamientos") con el requisito del acuerdo ("concordante, común") con arreglo a lo previsto en el artículo 31 3) b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (práctica ulterior en sentido limitado). No obstante, otros órganos decisorios examinados han utilizado también el concepto de "práctica" como un medio de interpretación, sin referirse a un acuerdo discernible entre las partes ni exigir dicho acuerdo (práctica ulterior en sentido amplio).

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

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

VI. Atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado

119. Si bien en el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena se hace referencia a todo acuerdo ulterior "entre las partes", en el artículo 31 3) b) solo se habla de toda "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado". Esto plantea la cuestión de determinar en qué circunstancias puede la práctica "en la aplicación del tratado" atribuirse a un Estado y, por ende, constituir una práctica estatal interpretativa pertinente (1). Otras cuestiones conexas son determinar si los factores sociales (2) y la práctica de otros agentes distintos de los Estados (3) pueden ser también pertinentes para la interpretación de un tratado y, en particular, si sirven para que "conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

1. Alcance de la práctica estatal pertinente

120. Para determinar si cierto comportamiento constituye una práctica ulteriormente seguida por un Estado en relación con un tratado, habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, las normas aplicables sobre la atribución de dicho comportamiento. En sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión ha adoptado normas sobre la atribución de un comportamiento al Estado[242]. No obstante, la determinación de la responsabilidad del Estado persigue un objetivo diferente que la atribución de una práctica a los efectos de reconocer una práctica interpretativa pertinente. El alcance de los posibles hechos ilícitos de un Estado es necesariamente mucho más amplio que el de los hechos que se realizan "en aplicación de" un tratado. Por ejemplo, es difícil concebir una práctica pertinente en relación con un tratado a través del "comportamiento de un órgano del Estado" que "se exceda en su competencia" (artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado) o a través del "comportamiento de un movimiento insurreccional" (artículo 10).

121. Las normas pertinentes de atribución a los efectos del presente objetivo de interpretación de un tratado han de dimanar, por consiguiente, del carácter concreto de la interpretación y la aplicación de los tratados por sus partes. Por ello, únicamente puede atribuirse a un Estado un comportamiento que se realiza o que se entiende aceptado por los órganos de un Estado parte que internacionalmente se consideran responsables de la aplicación del tratado (en su totalidad o de una determinada disposición del tratado). La práctica ulterior de los Estados puede ser ciertamente la de funcionarios públicos de alto nivel en el sentido del artículo 7 de la Convención de Viena. Con todo, dado que muchos tratados no suelen ser aplicados por altos funcionarios públicos, los tribunales internacionales han reconocido que el comportamiento de autoridades secundarias o incluso de otros agentes puede ser también un comportamiento ulterior pertinente para la interpretación de un tratado. Así, la CIJ ha reconocido, en la causa relativa a los *derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, que el artículo 95 del Acta de Algeciras tenía que interpretarse flexiblemente a la luz de la práctica no sistemática de las autoridades aduaneras locales[243]. En la causa relativa a *Kasikili/Sedudu*, la CIJ incluso consideró que la utilización sistemática de una isla

---

[242] Resolución 56/83 de la Asamblea General, anexo.

[243] *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952], *I.C.J. Reports 1952*, pág. 211.

en la frontera entre Namibia (anteriormente África Sudoccidental) y Botswana (anteriormente Bechuanalandia) por miembros de una tribu local, los masubias, podía ser considerada una práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena en caso de que:

> estuviese vinculada a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe y, en segundo lugar, que las autoridades de Bechuanalandia fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida por el Tratado[244].

122. No obstante, la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* pone de manifiesto que pueden darse situaciones en que el comportamiento de funcionarios secundarios y la práctica local no pueden atribuirse al Estado. Intentando defender una frontera, Tailandia sostuvo que ciertos mapas, facilitados por Francia y que aparentemente se desviaban de la línea que inicialmente se había acordado, únicamente habían sido "vistos" por funcionarios siameses de rango inferior, quienes no estaban en condiciones de llegar a un acuerdo en nombre de Siam en relación con la frontera trazada en los mapas. Tailandia sostuvo que:

> Si las autoridades siamesas mostraron esos mapas únicamente a funcionarios secundarios, actuaron claramente por su cuenta y la reclamación de Tailandia no podía, en el plano internacional, contar con ningún tipo de asistencia basada en ese hecho[245].

Así pues, la Corte parece haber entendido que, si las autoridades superiores no tuvieron conocimiento del mapa, el conocimiento o el comportamiento de funcionarios secundarios no se habría atribuido a Tailandia.

123. La jurisprudencia de los tribunales de arbitraje confirma que la práctica ulterior pertinente puede dimanar de funcionarios públicos secundarios cuando en el plano internacional se considere que estos son responsables de la aplicación del tratado. En el laudo relativo a las *deudas externas de Alemania*, el Tribunal de Arbitraje consideró que la carta del Banco de Inglaterra a la Administración de la Deuda Federal de Alemania era una práctica ulterior pertinente[246]. Además, en el laudo relativo al *régimen fiscal de las pensiones abonadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO residentes en Francia,* el Tribunal de Arbitraje aceptó en principio que la práctica de la administración fiscal francesa de no recaudar impuestos sobre las pensiones de los empleados jubilados de la UNESCO era una práctica ulterior pertinente, aunque finalmente consideró que eran decisivos algunos

---

[244] *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1095, párr. 74.

[245] *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 139), pág. 25.

[246] *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, pág. 103, párr. 31.

pronunciamientos oficiales de una autoridad superior, a saber, el Gobierno de Francia[247].

124. De ello se desprende que la práctica de las autoridades inferiores y locales en relación con la aplicación de un tratado puede considerarse práctica ulterior pertinente a los efectos de interpretación de un tratado cuando quepa esperar que las autoridades superiores son conscientes de esa práctica y la aceptan como elemento de la interpretación o aplicación de un tratado[248].

2. Atribución a Estados de un comportamiento por agentes privados y factores sociales

125. La "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado" normalmente estará originada por quienes, según el tratado, han de aplicarlo, a saber, los propios Estados partes. No obstante, también es concebible que "conste" indirectamente "el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" mediante la práctica de otros agentes. No obstante, hasta el momento los tribunales han reconocido de manera muy limitada que esa práctica de otros agentes es atribuible a un Estado parte a los efectos de la interpretación del tratado.

126. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, preocupado por asuntos que entrañan una estrecha cooperación entre órganos estatales y entidades privadas, se ha enfrentado a la cuestión de averiguar si ciertos comportamientos de entidades privadas pueden ser atribuidos a uno de los dos Estados a los efectos de determinar la pertinente práctica estatal ulterior:

> Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Si bien uno de los participantes en las negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo, a saber, el banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en la Declaración de Argel, los otros participantes en las negociaciones sobre el acuerdo y en los acuerdos reales, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en su calidad de otra parte en la Declaración de Argel[249].

---

[247] *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. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

[248] Véase también M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international" (2004) *Recueil des Cours*, vol. 310, págs. 141 a 144.

[249] *The United States of America (and others)* y *the Islamic Republic of Iran (and others)*, pág. 71; análogamente *the Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (contrademanda) (9 de septiembre de 2004) (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos), párrs. 127 y 128; véase también la opinión disidente del Presidente Lagergren en *International Schools Services, Inc. (ISS)* y *National Iranian Copper Industries Company (NICICO)* (véase la nota 81), págs. 348 y 353: "la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores se refiere a los acuerdos entre Estados partes en un tratado, y un acuerdo de solución entre dos partes en el arbitraje difícilmente puede ser considerado igual que un acuerdo entre los dos Estados que son partes en el tratado, aun cuando la República Islámica del Irán sea una de las partes en el arbitraje en relación con el caso".

127. Este enfoque fue criticado por el Magistrado Ansari, quien, en su opinión disidente, consideró que la mayoría debería haber tenido en cuenta el papel de los órganos del Estado encargado de la supervisión:

> El Irán ha afirmado asimismo que la práctica ulterior de las partes durante sus negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo habrán de ser debidamente tenidas en cuenta en relación con la interpretación de los "compromisos". En apoyo de este argumento, el Irán ha facilitado al Tribunal acuerdos de solución alcanzados en cumplimiento de los "compromisos" y de resultas de los cuales los bancos estadounidenses pagaron dinero directamente al Irán. Esos acuerdos, con arreglo a su contenido, no podían pasar a ser operativos sin la autorización del Tesoro de los Estados Unidos y del Banco de la Reserva Federal de Nueva York en su calidad de agente fiscal de los Estados Unidos. Esa práctica ulterior de las partes es decisiva y constituye una prueba adicional en apoyo del argumento del Irán[250].

128. Aunque la opinión disidente suscita una importante cuestión, parece ser que la participación del Estado "mediante supervisión" no tenía por objeto, en este contexto particular, realizar un pronunciamiento sobre la interpretación frente al otro Estado y, por consiguiente, no resultaba suficiente para atribuir el comportamiento de las entidades privadas al Estado a los efectos de interpretación del tratado.

129. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece ser el único[251] órgano judicial internacional que ha considerado ocasionalmente que "el aumento de la aceptación social"[252] (de cierto comportamiento o ciertas características personales) y las "importantes transformaciones sociales"[253] son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados, sin vincular claramente esos factores sociales con decisiones concretas de órganos estatales. Las dos causas más importantes[254] son *Dudgeon c. el Reino Unido*[255] y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*[256].

130. La causa *Dudgeon c. el Reino Unido* guardaba relación con el derecho de dos homosexuales adultos a no ser incriminados por mantener relaciones sexuales mutuamente consentidas. El Tribunal consideró, en relación con la legislación

---

[250] Opinión disidente de Parviz Ansari en *The United States of America (and others)* y *the Islamic Republic of Iran (and others)*, laudo núm. 108-A-16/582/591-FT (1985), Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, págs. 97 y 99.

[251] Véase, no obstante, OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), Informe del Órgano de Apelación* (29 de junio de 2012), WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, párr. 448.

[252] *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85.

[253] *Christine Goodwin* (véase la nota 252), párr. 100.

[254] Véanse también *I. v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25680/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio de 2002), párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom*, demanda núm. 13378/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de diciembre de 2006), párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (Sentencia), demanda núm. 45851/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de abril de 2000), párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, demanda núm. 30141/04 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de junio de 2010), párr. 58, seleccionado para su publicación en *Reports of Judgments and Decisions*, cita de *Christine Goodwin* (véase la nota 252), párr. 100.

[255] *Dudgeon v. the United Kingdom* (1981) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), serie A, núm. 45.

[256] *Christine Goodwin* (véase la nota 252).

vigente a la sazón en Irlanda del Norte, que "por comparación con la época en que se promulgó la legislación, actualmente existe una mayor comprensión y, por consiguiente, una mayor tolerancia respecto del comportamiento homosexual"[257]. El Tribunal basó esa afirmación en el hecho de que

> en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar las prácticas homosexuales del caso en cuestión como un asunto al que deben aplicarse sanciones penales; el Tribunal no puede soslayar los profundos cambios que se han producido al respecto en la legislación interna de los Estados miembros[258].

131. La causa *Christine Goodwin c. el Reino Unido* se refería al derecho de los transexuales a contraer matrimonio con arreglo al género que hubiesen asumido[259]. En esta causa, el Tribunal manifestó que había que "tener en cuenta las circunstancias cambiantes dentro del Estado demandado y dentro de los Estados contratantes en general"[260] y advirtió al Estado demandado de que:

> aún no había adoptado medidas […] [seguir examinando la necesidad de adoptar medidas apropiadas] pese a la mayor aceptación social del fenómeno del transexualismo y el creciente reconocimiento de los problemas que enfrentaban los transexuales[261].

132. No obstante, un análisis a fondo de la jurisprudencia del Tribunal pone de manifiesto que la invocación por éste, a los efectos de interpretación de un tratado, de los "cambios sociales" o la "aceptación social" se vincula en última instancia a la práctica de los Estados. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal demostró la "mayor tolerancia respecto del comportamiento homosexual" al destacar el hecho "de que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar las prácticas homosexuales del caso en cuestión como un asunto al que deben aplicarse sanciones penales" y que, por consiguiente, no cabía "soslayar los profundos cambios que se han producido al respecto en la legislación interna de los Estados miembros"[262]. El Tribunal destacó asimismo el hecho de que "en la propia Irlanda del Norte, las autoridades se han abstenido de hacer cumplir la ley en los últimos años"[263]. Incluso en *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal atribuyó importancia "a las pruebas claras e incuestionables de una constante tendencia internacional en favor no solo de una mayor aceptación social de los transexuales, sino también de un reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales después de haber sido operados"[264].

133. La invocación de la "aceptación social" por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es infrecuente y se ha limitado a casos relativos a grupos marginales cuya situación no había sido previamente tenida en cuenta dentro del sistema político y

---

[257] *Dudgeon* (véase la nota 255), párr. 60.
[258] *Ibid.*
[259] *Christine Goodwin* (véase la nota 252).
[260] *Ibid.*, párr. 74.
[261] *Ibid.*, párr. 92.
[262] *Dudgeon* (véase la nota 255), párr. 60.
[263] *Ibid.*
[264] *Christine Goodwin* (véase la nota 252), párr. 85, véase también el párr. 90.

jurídico de un determinado Estado[265]. Por el contrario, el Tribunal no se basa en circunstancias sociales políticamente cuestionadas. En *Johnston c. Irlanda*, por ejemplo, que se refería a la afirmación de que el derecho a contraer matrimonio llevaba aparejado el derecho al divorcio con el fin de poder contraer de nuevo matrimonio, "los demandantes atribuyeron mucha importancia a las circunstancias sociales que se habían producido después de haber sido redactado el Convenio, particularmente el aumento al parecer considerable del número de rupturas matrimoniales"[266]. No obstante, el Tribunal, aunque reconoció "que el Convenio y sus Protocolos han de interpretarse a la luz de las circunstancias actuales", rehusó examinar más a fondo esas "circunstancias sociales" y consideró que "por medio de una interpretación evolutiva, no podía deducir de esos instrumentos un derecho que no apareciese incluido en ellos desde un primer momento"[267]. Análogamente el Tribunal consideró lo siguiente en *Schalk and Kopf c. Austria*:

> aunque, tal como se indicó en *Christine Goodwin*, la institución del matrimonio ha sufrido importantes transformaciones sociales desde la aprobación del Convenio, el Tribunal observa que no existe un consenso europeo en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Actualmente permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no más de seis de un total de 47 Estados partes en el Convenio[268].

134. Así pues, el Tribunal suele determinar de manera expresa o tácita si las circunstancias sociales se recogen realmente en la práctica estatal y considera que el hecho de que se recojan en la práctica legislativa o administrativa constituye el indicador más pertinente[269]. Ello ocurrió así, por ejemplo, en causas relacionadas con la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio[270] y en causas relacionadas con el presunto derecho de los gitanos a contar con un lugar de residencia temporal asignado por los ayuntamientos a fin de poder mantener su estilo de vida itinerante[271]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo dio a entender excepcionalmente que la existencia de legislación en contrario en el Estado demandado obedecía a la inercia administrativa o legislativa y ya no se hizo eco de

---

[265] Véase Jeffrey A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" (2004), *Columbia Journal of International Law*, vol. 11, pág. 145.

[266] *Johnston* (véase la nota 42), párr. 53.

[267] *Ibid*.

[268] *Schalk* (véase la nota 254), párr. 58.

[269] Sin embargo, véase George Letsas, "Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer" (2010), *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3, pág. 530.

[270] *Mazurek v. France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52 ("El Tribunal observa antes que nada que la institución de la familia no es fija desde los puntos de vista histórico, sociológico o incluso jurídico"); véanse también *Marckx v. Belgium* (1979) , serie A, núm. 31, párr. 41; *Inze v. Austria* (1987), serie A, núm. 126, párr. 44; y *Brauer v. Germany*, demanda núm. 3545/04 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de mayo de 2009), párr. 40, seleccionado para su publicación en *Reports of Judgments and Decisions*.

[271] *Chapman v. the United Kingdom* [GC] Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-I-18, párrs. 70 y 93; véanse también *Lee v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 25289/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2001), párrs. 95 y 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24882/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2001), párrs. 104 y 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 24876/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2001), párrs. 107 y 108; y *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], demanda núm.25154/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2001), párrs. 100 y 101.

la opinión considerada acerca de los órganos estatales responsables[272]. Por ello, cabe llegar a la conclusión de que la mera práctica social (ulterior) no es suficiente por sí misma para constituir una práctica convencional ulterior pertinente, ya que ha de estar respaldada por algún tipo de práctica estatal que la complemente.

3. Práctica de otros agentes como prueba de la práctica estatal

135. La práctica ulterior de las partes en un tratado puede recogerse o iniciarse mediante los pronunciamientos o el comportamiento de otros agentes, como las organizaciones internacionales o los agentes no estatales. Esa iniciación de una práctica ulterior de las partes por organizaciones internacionales o por organizaciones no gubernamentales no debe, sin embargo, confundirse con la práctica de las propias partes en el tratado. Las actividades de otros órganos pueden constituir, por el contrario, una prueba de un acuerdo o práctica ulterior de las partes en cuestión.

a) Organizaciones internacionales

136. Las decisiones, las resoluciones y la práctica de otra índole de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes por sí mismas para la interpretación de los tratados. Eso se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 j) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, en el que por "práctica establecida" de la organización se entiende una forma de las "reglas de la organización". Ese aspecto de la práctica ulterior respecto de un tratado será objeto de un informe más adelante. En este, la atención se centra en determinar si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa o probatoria de la práctica convencional pertinente de los Estados.

137. En este sentido, las recopilaciones y otros informes de las organizaciones internacionales sobre la práctica ulterior de los Estados pueden tener más o menos importancia probatoria. Los informes de las organizaciones de ámbito universal que se preparan sobre la base de un mandato concreto a los efectos de explicar la práctica estatal en una determinada esfera disfrutan de un importante reconocimiento sin que tengan necesariamente fuerza legal en todos los casos. Por ejemplo, los funcionarios del Estado encargados de interpretar y aplicar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados recurren al *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como trabajo de referencia para la práctica estatal[273]. Aunque en ocasiones se hace una vaga referencia al Manual como si constituyese por sí mismo la expresión de la práctica estatal, esa opinión ha sido acertadamente rechazada por el Tribunal Federal de Australia en *Semunigus c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales*[274]. Otro ejemplo es la labor del Comité del Consejo de

---

[272] *Christine Goodwin* (véase la nota 252), párr. 92.

[273] Véase ACNUR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (enero de 1992 – reeditado (HCR/IP/4/Eng/REV.1), prólogo, en especial el párr. VII; véase también Gardiner (nota 171), pág. 239.

[274] Tribunal Federal de Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 de abril de 1999), párrs. 5 a 13; eso no excluye que el Manual tenga

Seguridad establecido en virtud de la resolución 1540 (2004)[275], que ha resultado pertinente para la interpretación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción[276]. Como parte de su labor de aplicación de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, el Comité lleva a cabo una recopilación sistemática de medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros, denominada la matriz 1540[277]. En la medida en que la matriz guarda relación con la aplicación de la Convención sobre las armas biológicas y con la Convención sobre las armas químicas, de 1993[278], constituye una prueba de la práctica estatal ulterior en relación con los mencionados instrumentos[279].

b) Organizaciones no gubernamentales

138. Las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar un importante papel en la recopilación de la práctica ulterior, particularmente mediante la supervisión de la práctica de la aplicación de un determinado tratado.

139. Este es el caso, por ejemplo, de Landmine and Cluster Munition Monitor, que es una iniciativa conjunta de la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Terrestres y la Coalición contra las Municiones en Racimo. La iniciativa Monitor es descrita como el "régimen de supervisión de hecho"[280] para la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convención de Ottawa), de 1997[281], y la Convención sobre Municiones en Racimo (Convención de Dublín),

---

una considerable importancia probatoria como adecuada expresión de la práctica ulterior de los Estados. Su autoridad se basa no solo en su calidad como recopilación profesional, sino también en el artículo 35 1) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a cuyo tenor "los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas […] y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención".

[275] Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, párr. 8 c).

[276] 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) (aprobada el 10 de abril de 1972, entró en vigor el 26 de marzo de 1975), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14860.

[277] Según la página web del Comité 1540, la matriz 1540 ha constituido el método primario utilizado por el Comité 1540 para ordenar la información sobre la aplicación por los Estados Miembros de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Según la página web, el Comité 1540 utiliza las matrices como mecanismo de referencia para examinar la situación de la aplicación de la resolución 1540 del Consejo de Seguridad y en su diálogo con los Estados como mecanismo para detectar las lagunas existentes a nivel nacional y facilitar asistencia técnica (véase http://www.un.org/en/sc/1540/1540 national implementation/matrix.shtml, consultado el 30 de marzo de 2012).

[278] 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) (aprobada el 13 de enero de 1993, entró en vigor el 29 de abril de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757.

[279] Véase Gardiner (nota 171), pág. 239.

[280] Véase http://www.the-monitor.org, consultado el 18 de marzo de 2012.

[281] Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (aprobada el 18 de septiembre de 1997, entró en vigor el 1 de marzo de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597.

de 2008[282]. Aparte de proporcionar reseñas de países para los Estados partes, los firmantes, los Estados no partes y "otros ámbitos"[283], la iniciativa Landmine and Cluster Munition Monitor de 2011 delimita diferentes cuestiones interpretativas en relación con la Convención de Dublín y contiene una relación de declaraciones y práctica pertinentes de los Estados partes y los firmantes. Las declaraciones y la práctica se refieren a: la prohibición en relación con la asistencia y la interoperabilidad; el almacenamiento y el tránsito en el extranjero; y la cuestión de la desinversión[284].

140. El ejemplo de la iniciativa Landmine and Cluster Munition Monitor muestra que las organizaciones no gubernamentales pueden ser una fuente de pruebas de la práctica ulterior de los Estados partes e incluso propiciar su aparición. De hecho, al instar a los Estados a manifestar sus opiniones sobre ciertas cuestiones, el volumen de pruebas sobre la práctica al que pueden recurrir los intérpretes puede aumentar considerablemente. El ejemplo también demuestra que las organizaciones no gubernamentales pueden intentar configurar la práctica ulterior interpretando las disposiciones controvertidas. De hecho, tales organizaciones pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los de los Estados. Esto puede dar lugar a cierta parcialidad en sus investigaciones, que han de ser revisadas críticamente. Ello no excluye el hecho de que la práctica estatal recogida por las organizaciones no gubernamentales sea frecuentemente una valiosa fuente de pruebas de la práctica ulterior de todas las partes y que, de esa manera, mejore la transparencia, la cual, a su vez, tiende a mejorar el cumplimiento.

c) Papel especial del Comité Internacional de la Cruz Roja

141. El papel que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) desempeña en relación con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales constituye un caso aparte. El CICR, oficialmente una asociación privada y no lucrativa, constituida con arreglo al derecho interno de Suiza[285], ha sido un catalizador en el desarrollo de los tratados internacionales de derechos humanos desde el primigenio Convenio de Ginebra de 1864[286]. El CICR tiene en el derecho internacional la personalidad jurídica que le corresponde como entidad encargada de desempeñar el mandato que le asignó la comunidad internacional por conducto de los Convenios de Ginebra y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja[287]. Además, el CICR proporciona orientaciones sobre el modo de interpretar los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, cometido este que dimana de los Estatutos del Movimiento, aprobados en la 25ª Conferencia

---

[282] Convención sobre Municiones en Racimo (aprobada el 30 de mayo de 2008, entró en vigor el 1 de agosto de 2010) (A/C.1/63/5, apéndice, parte II).

[283] Cluster Munition Monitor 2011, págs. 59 a 344 (http://www.the-monitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster_Munition_Monitor_2011.pdf, consultado el 18 de marzo de 2012).

[284] *Ibid*., págs. 24 a 31; ya se examinaron las demás cuestiones interpretativas en los informes de 2009 y 2010.

[285] Hans-Peter Gasser, "International Committee of the Red Cross (ICRC)", párr. 20, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://www.mpepil.com, consultado el 25 de marzo de 2012), párr. 20.

[286] *Ibid*., párr. 14.

[287] *Ibid*., párr. 25.

Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Ginebra en 1986, y modificados en 1995 y 2006[288]. En el artículo 5 2) g) de los Estatutos se dispone lo siguiente:

> De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular: […] g) trabajar por la *comprensión* y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo[289].

142. En 2009, el CICR publicó, sobre la base de su mandato[290], una "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario"[291]. La Guía es el resultado de un "proceso de expertos" organizado de 2003 a 2008, en el que participaron representantes de los sectores académico, militar, gubernamental y no gubernamental a título privado, aunque basaron ostensiblemente sus análisis en los tratados entre Estados y la práctica consuetudinaria. La Guía consiste en diez recomendaciones acompañadas de un comentario y "expresa […] la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el DIH [derecho internacional humanitario] vigente"[292]. Es prematuro realizar una evaluación general de la importancia de la Guía, aunque tendrán interés sus repercusiones en la práctica ulterior de los Estados.

143. En este contexto, los Estados han reafirmado su papel en el desarrollo del derecho internacional humanitario. En la resolución 1 de la 31ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja se recuerda que "uno de los importantes cometidos del CICR […] es, en particular 'trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo'", al tiempo que se "pone *énfasis* en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho internacional humanitario"[293]. Es de destacar que el CICR se propone interpretar el derecho internacional humanitario propiamente dicho y no solamente los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales[294]. Así pues, puede ser borrosa la distinción entre la práctica ulterior de los Estados partes de conformidad con los tratados y de conformidad con la práctica consuetudinaria general.

---

[288] Véase www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf, consultado el 25 de marzo de 2012.

[289] Se ha agregado la cursiva.

[290] "La responsabilidad de las orientaciones interpretativas es asumida por el CICR en su calidad de organización humanitaria neutral e independiente, a la que la comunidad internacional de Estados ha encomendado promover y trabajar por la *comprensión* y la difusión del derecho internacional humanitario", cita del artículo 5 2) c) y g) de los estatutos del movimiento (versión electrónica: www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf, consultado el 25 de marzo de 2012).

[291] CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*; para el proceso de expertos, véase http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm, consultado el 25 de marzo de 2012.

[292] *Ibid*., pág. 9.

[293] 31ª Conferencia Internacional 2011: Resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados (1 de diciembre de 2012) (http://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm, consultado el 25 de marzo de 2012).

[294] Véase CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* (nota 290), pág. 9.

4. Conclusión: proyecto de conclusión 4

144. Tomadas en conjunto, esas fuentes y consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión[295]:

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

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

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

---

[295] Véase la conclusión preliminar 9 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, A/66/10, párr. 344:

9) Posibles autores de la práctica ulterior pertinente

La práctica ulterior pertinente puede estar constituida por actos de cualquier órgano del Estado (del poder ejecutivo, legislativo y judicial) que puedan atribuirse a un Estado a los fines de la interpretación de un tratado. En ciertas circunstancias, dicha práctica puede abarcar, incluso, la "práctica social", en la medida en que quede reflejada en la práctica del Estado.

VII. Futuro programa de trabajo

145. El Relator Especial propone presentar en el período de sesiones de 2014 su segundo informe sobre nuevos aspectos del tema, la mayoría de los cuales han sido examinados en sus tres informes dirigidos al Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo[296] y que el Grupo de Estudio ha examinado en parte en 2011 y 2012[297]. En 2015, el Relator Especial tiene previsto presentar el tercer informe, en el que examinará la práctica de las organizaciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales nacionales[298]. En 2016, el Relator Especial presentará un informe final en el que se revisarán las conclusiones y los comentarios, teniendo en cuenta en particular los debates de la Comisión de Derecho Internacional y los debates de la Sexta Comisión.

---

[296] Véanse las notas 4, 5 y 10.

[297] A/66/10, párrs. 336 a 341; y A/67/10, párrs. 225 a 240.

[298] Tal como se preveía en la propuesta inicial, véase el documento A/63/10, anexo A, párrs. 17, 18, 39 y 42.