

Rosa Giles Carnero
(Directora)



CONSTRUYENDO LA GOBERNANZA INTERNACIONAL

La interpretación de los tratados a través de la práctica
ulterior

Dykinson, S.L.

CONSTRUYENDO LA GOBERNANZA INTERNACIONAL:
LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS A TRAVÉS
DE LA PRÁCTICA ULTERIOR

ROSA GILES CARNERO
Directora

CONSTRUYENDO LA GOBERNANZA INTERNACIONAL:
LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS A TRAVÉS
DE LA PRÁCTICA ULTERIOR

ROSA GILES CARNERO
Directora

Nuria Arenas Hidalgo
Claribel de Castro Sánchez
Pablo Antonio Fernández Sánchez
Adriana Fillol Maza
Ana Cristina Gallego Hernández
Nuria Magaldi
Fabián Novak
Eulalia W. Petit de Gabriel
Óscar Rodríguez Luna
Antonio Rodríguez Redondo
Cristina María Zamora-Gómez



Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Publicación financiada por: FEDER/Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento/ Proyecto de Investigación Construyendo la gobernanza internacional: La interpretación de los tratados a través de la práctica ulterior, Ref.: UHU-202037

©Copyright by los autores
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-694-0
Depósito Legal: M-32480-2023

ISBN electrónico: 978-84-1170-813-5

Preimpresión:
New Garamond Diseño y Maquetación S.L.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
--------------------------	-----------

Rosa Giles Carnero

LOS ACUERDOS Y LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LAS PARTES Y LA GOBERNANZA INTERNACIONAL.....	19
---	-----------

Fabián Novak

I. ASPECTOS GENERALES DEL PROYECTO	19
II. LA VINCULACIÓN DEL PROYECTO DE LA CDI CON LA GOBERNANZA INTERNACIONAL.....	23
III. APORTES DEL PROYECTO DE LA CDI DE 2018 A LA GOBERNANZA INTERNACIONAL	25
1. Valoración del comportamiento de actores no estatales	25
2. Reconocimiento de instrumentos no vinculantes	30
3. Sobre los procesos no institucionalizados.....	31
4. Reconocimiento de la posibilidad de aplicar una interpretación evolutiva ..	32
IV. CONCLUSIÓN	33
BIBLIOGRAFÍA CITADA	33

LAS CONFERENCIAS DE LAS PARTES Y LOS ÓRGANOS DE EXPERTOS COMO ASPECTOS ESPECÍFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS CONFORME A LA CONDUCTA ULTERIOR DE LAS PARTES.....	37
---	-----------

Rosa Giles Carnero

I. INTRODUCCIÓN	37
II. LAS DECISIONES DE LAS CONFERENCIAS DE LAS PARTES EN LA FORMACIÓN DE ACUERDOS ULTERIORES O PRÁCTICA ULTERIOR...	40
1. Caracteres de las Conferencias de las Partes y sistema de adopción de decisiones	42
2. La generación de acuerdos ulteriores o práctica ulterior en la actividad de las Conferencias de las Partes	45
III. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE EXPERTOS CREADOS EN VIRTUD DEL TRATADO EN LA FORMACIÓN DE ACUERDOS ULTERIORES O PRÁCTICA ULTERIOR.....	48
1. Definición de órgano de expertos creado en virtud del tratado	49

2. La generación de acuerdos ulteriores o práctica ulterior por la actividad de los órganos de expertos	51
IV. CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA CITADA	54
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES QUE CELEBRAN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. UNA PROPUESTA A PARTIR DE LA LEY 25/2014.....	57

Nuria Magaldi

I. INTRODUCCIÓN	57
II. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LAS UNIVERSIDADES: PERSPECTIVA SUSTANTIVA.....	59
1. Los “convenios marco” celebrados por las Universidades son Acuerdos internacionales no normativos	60
2. La discutida naturaleza jurídica de los “convenios específicos” celebrados por las Universidades	63
2.1. Los “convenios específicos” no son acuerdos internacionales atípicos.....	65
2.2. Los “convenios específicos” no son acuerdos internacionales regulados por el ordenamiento jurídico interno	66
2.3. Los “convenios específicos” celebrados por las Universidades son Acuerdos internacionales administrativos.....	67
III. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LAS UNIVERSIDADES: PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL.....	70
IV. CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA CITADA	73
LA AMBIVALENCIA DEL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR: EL ALCANCE EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS BAJO LUPA	75

Eulalia W. Petit de Gabriel

I. UN PROBLEMA PECULIAR: LA INACCIÓN COMO PRÁCTICA.....	75
II. EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR A LA LUZ DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.....	76
1. El silencio en Derecho internacional	77
2. La práctica ulterior en la interpretación de los tratados	78
3. El silencio como práctica ulterior	80
III. SILENCIOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA (EXTRA)TERRITORIALIDAD	84
1. La (extra)territorialidad en los tratados de derechos humanos.....	84

2. ¿Es el CEDH un tratado territorial? Del silencio a la presunción.....	86
3. La extraterritorialidad como construcción jurisprudencial y el silencio como práctica ulterior	87
IV. EPÍLOGO: LA GOBERNANZA INTERPRETATIVA EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR	93
BIBLIOGRAFÍA CITADA	98
PRÁCTICA ULTERIOR E INTERPRETACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. LOS EFECTOS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN ¿QUO VADIS?	101
Claribel de Castro Sánchez	
I. CONTEXTUALIZACIÓN: OPERADORES JURÍDICOS, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN	101
II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU INTERPRETACIÓN	102
1. Reglas de interpretación de los tratados internacionales.....	103
2. Interpretación de tratados y práctica ulterior.....	104
III. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, PRÁCTICA ULTERIOR Y ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE DERECHOS HUMANOS	106
1. Los órganos de supervisión de derechos humanos y sus pronunciamientos	106
2. Práctica judicial y valor de los órganos de supervisión.....	108
2.1. <i>La práctica de los Tribunales Internacionales</i>	108
2.2. <i>La práctica de tribunales internos. Especial referencia al caso español</i> ..	110
IV. APUNTES FINALES	114
BIBLIOGRAFÍA CITADA	115
EL PACTO MUNDIAL SOBRE REFUGIADOS. NUEVOS MODELOS DE GOBERNANZA Y EQUIDISTANCIA CON LA PRÁCTICA ULTERIOR.....	117
<i>Nuria Arenas Hidalgo</i>	
I. INTRODUCCIÓN	117
II. LA FINALIDAD DEL PACTO. EL ACUERDO ULTERIOR COMO ENTENDIMIENTO COMÚN ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRATADO O LA APLICACIÓN DE SUS DISPOSICIONES	120
III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PACTO Y EL HECHO DE QUE LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR NO HAYAN DE SER JURÍDICAMENTE VINCULANTES	123

IV. ¿UNA PRÁCTICA ULTERIOR EN LA QUE NO SOLO PARTICIPEN LOS ESTADOS PARTE EN EL TRATADO?	125
V. HACIA UN NUEVO ENTENDIMIENTO Y METODOLOGÍA EN TORNO A LAS RESPONSABILIDADES COMPARTIDAS.....	127
VI. CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA CITADA	132
LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LOS ESTADOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS REFUGIADAS: EL MANUAL Y LAS DIRECTRICES DE ACNUR.....	135

Cristina María Zamora-Gómez

I. INTRODUCCIÓN	135
II. LA AUTORITAS DEL ALTO COMISIONADO DE NNUU PARA LAS PERSONAS REFUGIADAS	136
III. EL MANUAL Y LAS DIRECTRICES DE ACNUR COMO ELEMEN- TO DE GOBERNANZA	142
1. El carácter autorizado del Manual y las Directrices de ACNUR	142
2. El Manual y las Directrices de ACNUR en su contribución a la go- bernanza en el régimen internacional de protección de las personas refugiadas	145
IV. LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LOS ESTADOS SOBRE LA CON- VENCIÓN DE GINEBRA DE 1951.....	148
V. CONCLUSIONES	153
BIBLIOGRAFÍA CITADA	154
LA INTERPRETACIÓN ULTERIOR DEL TRATADO DE UTRECHT EN RELACIÓN CON GIBRALTAR.....	157

Pablo Antonio Fernández Sánchez

I. INTRODUCCIÓN	157
II. NATURALEZA JURÍDICA Y DERECHO APLICABLE AL TRATADO DE UTRECHT	158
III. CONTENIDO JURÍDICO DEL TRATADO DE UTRECHT EN RELA- CIÓN CON GIBRALTAR	160
IV. REINTERPRETACIÓN DE ALGUNOS TÉRMINOS DEL TRATADO.....	162
V. LA ACEPTACIÓN POR LAS PARTES DE LA INAPLICACIÓN DE UNA CLÁUSULA DEL TRATADO, CONTRARIA A UNA NORMA IMPERATIVA	164
VI. LA AUSENCIA DE JURISDICCIÓN TERRITORIAL Y SIN COMUNI- CACIÓN ABIERTA CON EL PAÍS CIRCUNVECINO POR TIERRA.....	166

VII. LAS DIFERENCIAS ENTORNO A LA CALIFICACIÓN DE LAS AGUAS CIRCUNDANTES A GIBRALTAR, EN EL MARCO DEL TRATADO DE UTRECHT	168
VIII. EL TRATADO DE UTRECHT EN EL MARCO DEL DERECHO INTERTEMPORAL	170
IX. CONCLUSIONES	173
BIBLIOGRAFÍA CITADA	174
EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN POR LOS BUQUES (MARPOL): UN INSTRUMENTO VIVO A TRAVÉS DE LOS ACUERDOS Y LA PRÁCTICA ULTERIORES.....	177

Óscar Rodríguez Luna

I. INTRODUCCIÓN	177
II. EL MARPOL: ACUERDOS ULTERIORES Y PRÁCTICA ULTERIOR DE CARA A LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (OMI) ...	179
1. El silencio como base de la “aceptación tácita” de las enmiendas.....	179
2. Los acuerdos ulteriores como fundamento de las leyes blandas (<i>soft law</i>) emanadas del MEPC	181
3. Las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (ONG) de carácter consultivo dentro de la OMI.....	182
III. EL MARPOL Y LA PRÁCTICA ULTERIOR A LA LUZ DEL ESTADO DEL PABELLÓN Y DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO	183
1. Práctica ulterior a la vista del Estado del Pabellón	183
2. Práctica ulterior a partir del Estado Rector del Puerto	185
2.1. <i>La supervisión del Estado Rector del Puerto</i>	185
2.2. <i>Los Memorándum de Entendimiento</i>	188
2.3. <i>El Principio del Trato no más favorable</i>	190
IV. CONCLUSIONES	191
BIBLIOGRAFÍA CITADA	192

LA PRÁCTICA ULTERIOR Y LA EMERGENTE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES EN DERECHO INTERNACIONAL	195
--	------------

Adriana Fillol Mazo

I. INTRODUCCIÓN	195
II. PERSPECTIVA TRANSVERSAL DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LOS ANIMALES: DESDE LA PROTECCIÓN DE LAS ESPECIES HACIA A LA CONSIDERACIÓN DEL BIENESTAR ANIMAL	198
1. Regímenes de conservación de ciertas especies de animales	198

2. La emergente protección de los animales como seres sensibles: tendencias y desafíos	200
III. LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LA COMISIÓN BALLENERA INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LAS BALLENAS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA REGULACIÓN DE LA CAZA DE BALLENAS	206
IV. CONCLUSIONES	212
BIBLIOGRAFÍA CITADA	214
PRÁCTICA ULTERIOR Y EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL: LA NOTIFICACIÓN DE EVENTOS QUE PUEDEN CONSTITUIR EMERGENCIAS DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL	219
<i>Ana Cristina Gallego Hernández</i>	
I. INTRODUCCION	219
II. LA NATURALEZA DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL.....	221
III. EL ARTÍCULO 6 DEL RSI: LA NOTIFICACIÓN	223
IV. LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR.....	226
V. CONCLUSIONES	228
BIBLIOGRAFÍA CITADA	229
LAS COMUNIDADES DE PRÁCTICA COMO CATALIZADORAS DE LA PRÁCTICA SUBSIGUIENTE: EL CASO DEL MECANISMO TECNOLÓGICO DEL ACUERDO DE PARÍS DE 2015.....	231
<i>Antonio Jesús Rodríguez Redondo</i>	
I. INTRODUCCIÓN	231
II. LAS CDNN COMO PRÁCTICA SUBSIGUIENTE	235
III. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN LAS CDNN: EL CASO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.....	238
1. El funcionamiento del mecanismo de transferencia de tecnología	240
2. La identificación de prácticas ulteriores emergentes en el ámbito de la transferencia de tecnología	241
IV. CONCLUSIONES	243
BIBLIOGRAFÍA CITADA	243

LA AMBIVALENCIA DEL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR: EL ALCANCE EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS BAJO LUPA

Eulalia W. Petit de Gabriel¹

Sumario: I.- UN PROBLEMA PECULIAR: LA INACCIÓN COMO PRÁCTICA. II.- EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR A LA LUZ DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. 1.- El silencio en Derecho internacional. 2.- La práctica ulterior en la interpretación de los tratados. 3. El silencio como práctica ulterior. III.- SILENCIOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA (EXTRA)TERRITORIALIDAD. 1.- La (extra)territorialidad en los tratados de derechos humanos. 2.- ¿Es el CEDH un tratado territorial? Del silencio a la presunción. 3.- La extraterritorialidad como construcción jurisprudencial y el silencio como práctica ulterior. IV.- EPÍLOGO: LA GOBERNANZA INTERPRETATIVA EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR. V.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. UN PROBLEMA PECULIAR: LA INACCIÓN COMO PRÁCTICA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de Gran Sala de 21 de enero de 2021 en el asunto *Georgia v. Russia (II)*, estimó que la ausencia de declaraciones de derogación conforme al artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por los Estados parte durante conflictos armados internacionales fuera de su territorio permitía interpretar que el CEDH no era de aplicación en tales supuestos. El TEDH deducía que los Estados no consideraban que ejerciesen “jurisdicción” sobre el territorio extranjero durante el conflicto armado².

Esta conclusión, con once votos a favor y seis en contra, permitió al TEDH excluir el examen de las eventuales violaciones que Rusia hubiera cometido en territorio

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla, ORCID ID: 0000-0002-6448-6594. Investigación Financiada por FEDER/Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento; Proyecto de Investigación Construyendo la gobernanza internacional: La interpretación de los tratados a través de la práctica ulterior (I.P. Dra. Rosa Giles Carnero), Ref.: UHU – 202037.

² *Georgia v. Russia (II)* [GC], no. 38263/08, §139, ECHR 21.1.2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308.

georgiano durante los días de conflicto armado, limitándose en la sentencia a examinar las violaciones del período de ocupación posterior.

Haciendo abstracción de los hechos, el TEDH establece en este párrafo el valor del silencio -ausencia de una conducta concreta, la derogación del CEDH- como elemento determinante de la interpretación que se debe dar al término “jurisdicción”, clave de bóveda de la aplicación del CEDH, el cual a su vez determina la sujeción de la conducta estatal al control del TEDH. Este argumento ha sido utilizado al menos en otras dos ocasiones por el TEDH, aunque en cada una con consecuencias prácticas y lógico-jurídicas diferentes³.

Sin duda, este *dictum* singular en *Georgia v. Rusia (II)*, en el marco de un asunto complejo, interestatal, de protección de derechos humanos, no puede menos que provocar la atención académica desde una cuádruple perspectiva: en primer lugar, la interpretación de los tratados conforme a la práctica ulterior; en segundo lugar, el silencio como manifestación de la práctica o conducta sucesiva de los Estados parte; en tercer lugar, el papel de la práctica subsiguiente, incluido el silencio, en relación con la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, en concreto en relación con su aplicación extraterritorial; y, finalmente y desde una dimensión diferente, la gobernanza de la interpretación de los tratados de derechos humanos, esto es, el rol de los órganos de control y de los Estados en tratados considerados *living instruments*, como el CEDH.

El apartado II se centrará en definir las aproximaciones al silencio en Derecho internacional y su abordaje en el contexto de los trabajos de la CDI sobre tratados y práctica ulterior. El apartado III abordará el concepto de extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos, en general, y del CEDH, en particular, como doble manifestación del silencio: en la (im)previsión normativa de la extraterritorialidad y en el recurso al silencio como práctica ulterior para definir sus contornos precisos. El apartado IV, como epílogo, concluirá con algunas consideraciones sobre la gobernanza en la interpretación evolutiva y el papel del silencio como práctica subsiguiente limitante del ámbito de aplicación del CEDH.

II. EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR A LA LUZ DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Poco se ha escrito sobre el silencio en Derecho internacional y de sus diversas dimensiones (sección 1). En consonancia, los trabajos de la CDI sobre tratados y práctica ulterior como medios de interpretación (sección 2) no contienen muchas referencias al silencio (sección 3). El análisis inicial de todo ello deviene imprescindible para, con posterioridad, reflexionar sobre la interpretación basada en el silencio como práctica ulterior en el contexto de la aplicación del CEDH en la sentencia citada.

³ Como se verá a lo largo del capítulo, el TEDH ha recurrido al argumento de la ausencia de derogación, ex art. 15 CEDH, en el contexto de la eventual aplicación extraterritorial del mismo, con carácter previo en *Bankovic and other v. Belgium and others*, (dec.) [GC], no. 52207/99, § 62, ECHR 12.12.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799; y en *Hassan v. The United Kingdom* [GC], no. 29750/09, § 101, ECHR 16.9.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009.

1. EL SILENCIO EN DERECHO INTERNACIONAL

Siempre ha sido discutido y discutible el valor jurídico del silencio, abordado desde diversas perspectivas funcionales en el Derecho internacional contemporáneo. En concreto, las dos manifestaciones esenciales del silencio pueden reconducirse a su carácter de fuente de derechos y obligaciones primarias -el silencio como acto unilateral- y a su naturaleza de hecho que da origen a derechos y obligaciones secundarias -el silencio en el marco de la responsabilidad internacional-.

En relación con los actos jurídicos unilaterales, resulta común abordar el silencio bajo la figura de la aquiescencia, como expresión legal del coloquial aforismo “quien calla, otorga”. Otra de las dimensiones del silencio deriva de su papel procesal, por cuanto que el silencio *determinaría* la oponibilidad de ciertas situaciones jurídico-procesales, protegidas por el estoppel o, entre nosotros, por la doctrina de los actos propios. En ambos casos su potencial jurídico como base para la creación de obligaciones y derechos se fundamenta doblemente en la buena fe y en la expectativa de una reacción distinta (activa y no pasiva). Por ello, paradójicamente, el silencio con valor jurídico puede ser considerado el más bilateral entre los actos jurídicos unilaterales, si se permite la *boutade*. Por este mismo motivo, esta “bilateralización” necesaria para dotar de efecto jurídico al silencio, el Relator Especial de la CDI sobre actos jurídicos unilaterales, Víctor Rodríguez Cedeño, rechazó desde sus inicios que el silencio constituyera un acto jurídico unilateral per se⁴.

Por otra parte, la inacción como manifestación de silencio puede constituir una conducta susceptible de generar la responsabilidad internacional cuando la misma vulnera una obligación internacional, tal y como refleja el artículo 2 sobre responsabilidad internacional de los Estados por hecho ilícito, aprobado en 2001 por la CDI⁵. En este sentido, la inacción genera responsabilidad cuando la obligación violada requería una acción o un determinado estándar en la conducta estatal, el cual no se alcanza. En este contexto, la obligación violada deriva comúnmente de normas con-

⁴ A/CN.5/505, Tercer informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, 17 de febrero de 2000, paras. 129-131. Remitimos a los trabajos de la CDI sobre los actos jurídicos unilaterales: iniciados en 1996 con la creación de un Grupo de Trabajo, en 1997 fue nombrado como Relator Especial Víctor Rodríguez Cedeño. Entre 1998 y 2006 presentó ocho informes a la CDI, siendo discutidos en 2003 en el marco de un Grupo de Trabajo bajo la dirección de Alain Pellet, lo cual llevaría a la adopción de un conjunto de diez principios: “*Guiding Principles*” together with commentaries applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations”. El silencio fue objeto de examen tanto en el informe inicial (A/CN.4/486, First Report of the Special Rapporteur, Mr. Víctor Rodríguez Cedeño (50th session of the ILC (1998)), paras. 29, 49-51, 102; ILC Report, A/53/10, 1998, chap. VI, paras. 131-132, 157, 168, 176, 184 y 199) como en el del tercer informe (Third Report of the Special Rapporteur, Mr. Víctor Rodríguez Cedeño (52nd session of the ILC (2000)), paras. 126-133; ILC Report, A/55/10, 2000, chap. VI, paras. 527, 542, 582-585). Sin embargo y salvo una referencia en el propio Preámbulo de los principios, que señala la relevancia del silencio en tanto en cuanto otros Estados pueden actuar conforme a él, los comentarios no se refieren en ningún momento al silencio como acto jurídico unilateral específico.

⁵ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, submitted to the General Assembly of the United Nations (A/56/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

vencionales y consuetudinarias, aunque puede resultar de un acto unilateral propio. Paradójicamente, la inacción constituye en este contexto relacional un puro acto unilateral, generador de obligaciones secundarias.

Desde la perspectiva de este trabajo, examinamos el silencio -la inacción- en el contexto de la interpretación de los tratados. En este sentido, la relevancia de la inacción es independiente de su consideración de fuente -sea de obligaciones primarias o secundarias, aunque volvamos sobre ello-, configurando una tercera dimensión del silencio. En este contexto, debemos interesarnos por el valor del silencio y si puede, por acumulación, facilitar o impedir la construcción de una “práctica común a los Estados parte en un tratado” con valor de interpretación auténtica, o resulta simplemente en un medio complementario de interpretación. Por ello, pasamos a abordar el régimen de la práctica ulterior en la interpretación de los tratados.

2. LA PRÁCTICA ULTERIOR EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

El art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CV'69) establece como norma básica de interpretación en su apartado primero que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En su apartado segundo establece el concepto de contexto y en el apartado tercero amplía los elementos de interpretación sumando a los anteriores tres suplementarios⁶, entre los cuales está en su letra b) “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

La práctica ulterior no ha sido objeto de excesiva atención académica en el pasado, hasta su toma en consideración temática por la CDI⁷, a pesar de que la jurisprudencia internacional se ha referido a ella *de longa data*, siendo considerada por la doctrina como una práctica interpretativa consuetudinaria⁸. La CDI inició el estudio de los acuerdos y práctica ulterior como elemento de interpretación de los

⁶ Los otros dos elementos son el “acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” y “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

⁷ La bibliografía posterior a 2010, en cambio, es significativamente creciente. Puede verse una selección de referencias relevantes en FITZMAURICE, M., “Subsequent Agreement and Subsequent Practice. Some Reflections on the International Law Commission’s Draft Conclusions”, *International Community Law Review*, 2020, vol. 22, p. 17. Consideramos como referencias clave toda la producción académica de Nolte, comenzando por la obra colectiva que editó en 2013 bajo el título *Treaties and Subsequent Practice*, OUP. Igualmente relevante es su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, “Treaties and Their Practice – Symptoms of Their Rise or Decline”, *RCADI*, 2018, vol. 392, pp. 205-397.

⁸ NOVAK, F., “La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, pp. 105-106 y pp. 110-115.

tratados en el marco de un tema incluido en la agenda en 2008⁹ con el título de “los tratados en el tiempo” (*treaties over time*). Encargado el tema en 2010 a un Grupo de Trabajo, la CDI decidió en 2012 un cambio en el alcance, método y nombre del tema¹⁰. A partir de 2013 pasó a denominarse “acuerdos sucesivos y práctica sucesiva en relación con la interpretación de los tratados”, restringiendo por tanto el objeto de estudio a esta dimensión, y abandonando otros problemas¹¹. A la par que desmantelaba el Grupo de Trabajo, designaba como Relator especial a su presidente, el alemán Georg Nolte, miembro de la CDI entre 2007 y 2021 (desde entonces, juez de la Corte Internacional de Justicia). El Relator especial elaboró un total de cinco informes para la CDI, más allá del informe inicial para la inclusión de la cuestión en el programa de trabajo a corto plazo (2008) y los tres elaborados por el Grupo de Trabajo sobre aspectos puntuales (2009 a 2011). La CDI adoptó un texto, bajo la denominación de conclusiones y comentarios a las mismas, en su sesión de 2018¹². Ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas acogió el trabajo de la CDI, aunque de forma ciertamente tibia¹³.

El texto aprobado por la CDI, innovando respecto a la letra de la propia CV'69 en la Conclusión cuarta¹⁴, distingue la práctica ulterior como “medio auténtico” de interpretación ex. art. 31 CV'69 y su papel como “medio complementario”, ex. art. 32 CV'69. La diferencia fundamental reside en que la primera debe reflejar la práctica de todos los Estados parte; la segunda deriva de la práctica de uno o varios Estados parte. En ambos casos, la práctica referida debe ser práctica de aplicación del tratado en cuestión y no de otras normas. En el primer caso la práctica ulterior debe refle-

⁹ *Official Records of the General Assembly, Sixty-third Session, Supplement No. 10 (A/63/10)*, para. 353, con un índice sobre el tema en el Anexo A.

¹⁰ Sobre la propuesta inicial y su evolución, ha publicado el propio Relator especial: NOLTE, G., “Introductory Note to the Special Issue of ICLR on the Outcome of the ILC Work on ‘subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties’”, *International Community Law Review*, 2020, vol. 22, núm. 1, pp. 4-13.

¹¹ *Official Records of the General Assembly, Sixty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/64/10)*, para. 222, en el que se discute “si los trabajos del Grupo de Estudio debían centrarse en el aspecto del acuerdo y la práctica ulteriores o si había que adoptar un planteamiento más amplio examinando también otras cuestiones como: a) los efectos de ciertos actos o circunstancias en los tratados (la terminación y suspensión; otros actos unilaterales; y circunstancias de hecho como las violaciones graves y el cambio en las circunstancias); b) los efectos en los tratados de otras fuentes sobrevenidas de derecho internacional (los efectos de los tratados sucesivos; la costumbre sobrevenida; el desuso y la obsolescencia); y c) la enmienda y la modificación inter se de los tratados”.

¹² Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/73/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part Two.

¹³ A/RES/202, de 20 de diciembre de 2018, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. En la misma, la AGNU acoge con beneplácito, expresa su reconocimiento, toma nota por igual de las declaraciones de Estados ante la Sexta Comisión y de las conclusiones y comentarios de la CDI, y “los señala a la atención de los Estados y de todos aquellos que puedan estar llamados a interpretar tratados y alienta a que se les dé la máxima difusión posible”.

¹⁴ FITZMAURICE, M. “Subsequent Agreement and Subsequent Practice...”, cit., pp. 19-22, indicando que la CDI se apoya en jurisprudencia de la CIJ y de la OMC.

jar “el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado” como requisito adicional para ser considerada “interpretación auténtica”. A nuestro entender, esta última exigencia -rígida y restrictiva- dificultará la posibilidad de invocar la práctica ulterior como fundamento cierto de una precisa interpretación del tratado que descarte otras (“interpretación auténtica”), debiendo además combinarse con las demás reglas de interpretación¹⁵. En la mayoría de los casos, la práctica ulterior, con independencia del número de Estados parte de los que provenga, quedará funcionalmente abocada al apoyo o cuestionamiento interpretativo de una determinada “visión” fundada en otros criterios de los previstos en la CV’69.

En tal contexto, el papel que juega la inacción o ausencia de conducta deviene fundamental para definir y valorar el concepto de práctica ulterior de todas las partes¹⁶. Atribuir un significado positivo o confirmatorio a la inacción/silencio facilitará la interpretación auténtica; lo contrario reducirá nuevamente las posibilidades de aplicar esa dimensión de la práctica ulterior, dejándola reducida a un rol secundario y auxiliar.

3. EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR

Si bien el silencio no aparece mencionado en los diversos informes del Grupo de Trabajo durante el tratamiento genérico de la cuestión de “Los tratados en el tiempo” (2008-2011)¹⁷, el Relator Especial incluyó el silencio como manifestación de la práctica ulterior¹⁸ y como fundamento de un acuerdo posterior¹⁹ desde su primer informe (2013), una vez restringido el alcance del proyecto. Sin embargo, las consideraciones respecto del silencio son sumarias tanto en los informes del relator como en los debates de la Comisión y en las aportaciones de los Estados, no siendo objeto de estudio específico.

El silencio aparece en dos conclusiones aprobadas, la Conclusión 10 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado), introducida en el borrador

¹⁵ NOVAK, F., “La conducta ulterior...”, cit., p. 106.

¹⁶ Siendo escasa la doctrina que se interesa por esta cuestión, recomendamos McGROGAN, D., “On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, vol. 32, núm. 4, pp. 355-362 y 368-370.

¹⁷ Informe de la CDI, Anexo I, “Los tratados en el tiempo en particular: acuerdo y práctica ulteriores”, *Official Records of the General Assembly, Sixty-third Session, Supplement No. 10 (A/63/10)*, 2008. Contradictoriamente, el informe de la CDI correspondiente a 2010 indica que el silencio fue objeto de consideración en el informe introductorio, véase, Informe de la CDI, Capítulo X, “Los tratados en el tiempo”, *Official Records of the General Assembly, Sixty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/65/10)*, 2010, para. 349.

¹⁸ La primera referencia se encuentra en el *Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/660, de 19 de marzo de 2013, para. 111 y nota 227, remitiendo al siguiente informe.

¹⁹ *Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/671, de 26 de marzo de 2014, paras. 58-70 75, 110 y en Anexo, proyecto de Conclusión 9; ILC Report, A/69/10, 2014, capítulo VII, para. 75 y comentarios en pp. 136-138.

de 2014²⁰ y la Conclusión 13 (Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados), formulada en 2016²¹. A las mismas hubiera podido sumarse una tercera referencia al silencio en una conclusión dedicada al valor interpretativo de la actividad de los tribunales internos como práctica ulterior del Estado²². Propuesta en el cuarto informe del Relator Especial (2016)²³, no fue aprobada por el plenario de la Comisión²⁴. La propuesta recomendaba que los tribunales internos determina-

²⁰ La redacción de la Conclusión 10, originalmente 9 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado) procede del segundo informe del Relator Especial, *Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/671*, de 26 de marzo de 2014, para 75. Fue aprobada provisionalmente, con alguna variación respecto al texto propuesto por el relator pero que no afecta al silencio, en el 66.º período de sesiones (2014) de la CDI. El texto aprobado provisionalmente establecía en el apartado segundo de la Conclusión 9: “El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b, puede variar. El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción”, ILC Report, A/69/10, 2014, capítulo VII, para. 75 y comentarios en pp. 136-138. Cambiaría su numeración a partir del cuarto informe del Relator, por inserción de una primera conclusión genérica sobre el objeto del proyecto, Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados Preparado por Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/694, de 7 de marzo de 2016. En el texto finalmente aprobado Conclusión omo 10, no varía su redacción, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries 2018*, ILC report, (A/73/10).

²¹ Inicialmente numerada como Conclusión 12 por el Relator, figura como Conclusión 13 ya en propio Informe de la CDI de 2016, ILC Report, A/71/10, 2016, chap. VI, para. 75.

²² El texto que el Relator Especial propuso decía: “Proyecto de conclusión 13. Decisiones de tribunales internos. 1) Las decisiones de tribunales internos en la aplicación de un tratado pueden constituir una práctica ulterior pertinente en virtud de los artículos 31 3) b) y 32 para la interpretación del tratado. 2) Al aplicar un tratado, los tribunales internos deben a) Considerar que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) a) y b) no son vinculantes como tales. b) Ser conscientes de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior conforme al artículo 31 3) a) y b) y otra práctica ulterior en virtud del artículo 32 pueden servir de base para que el sentido del término de un tratado reciba una interpretación estricta o amplia, incluida una que sea constante o cambie con el tiempo. c) Distinguir entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior conforme al artículo 31 3) a) y b), que requieren el acuerdo de las partes, y otra práctica ulterior en virtud del artículo 32, que no exige tal acuerdo. d) *Determinar cuidadosamente si una práctica ulterior en la aplicación de un tratado deja constancia del acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado y, en particular, si el silencio de una o más partes constituye realmente su aceptación de la práctica ulterior.* e) Tratar de encontrar una gama amplia y representativa de la práctica ulterior, incluidas las decisiones de tribunales internos, a la hora de valorar la práctica ulterior como medio de interpretación de un tratado” (énfasis añadido), *A/CN.4/694*, de 7 de marzo de 2016, para. 112.

²³ Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, preparado por Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/694, de 7 de marzo de 2016, paras. 105-106. Este informe incluye en su para. 112 una propuesta de Conclusión 12, que desapareció posteriormente en manos del Comité de Redacción y no llegó a ser aprobada en la reunión de la CDI 10 de junio de 2016, como indica el informe de la CDI, A/71/10, 2016, capítulo VI, paras. 71-72.

²⁴ Alemania se mostró favorable a que la CDI mantuvieran unas indicaciones en relación con los tribunales nacionales, A/CN.4/712, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, 21 de febrero de 2018, pp. 4 y 34. Los Países Bajos supeditaban el valor de la actividad de los tribunales internos como

ran en el momento de interpretar y aplicar un tratado el posible valor del silencio en cada caso, para así escoger cómo encuadrar la práctica en cuestión, bien como medio de interpretación auténtico (art. 31.3.b) CV'69), bien como medio complementario (art. 32 CV'69).

Las Conclusiones 10 y 13 finalmente aprobadas otorgan un valor tan sólo aparentemente opuesto al silencio. La Conclusión 10 reconoce un valor afirmativo al silencio de una parte en el tratado (silencio como aceptación) siempre que el acuerdo estableciera la necesidad de una reacción de los Estados (y esta no se produjera). La Conclusión 13 excluye que el silencio pueda considerarse aceptación de la interpretación del órgano del tratado o aceptación de la práctica ulterior de cualquier otro Estado “como reacción a tal pronunciamiento”. La razón última aproxima ambas conclusiones en realidad, dado que el tratamiento del silencio en la Conclusión 13 se justifica conforme a los comentarios porque tales pronunciamientos de órganos expertos no requieren necesariamente una reacción de los demás Estados parte en el tratado, al entender de la Comisión²⁵. En sentido análogo y en relación con la non nata Conclusión sobre la práctica de los tribunales internos, el relator reiteraba que el valor del silencio dependía de “si circunstancias requieren algún tipo de reacción”²⁶.

Bajo redacciones diferentes, en ambas conclusiones late sin duda la concepción de la inacción o silencio como acto unilateral bilateralizado: esto es, una inacción individual adquiere significado en tanto en cuanto el tratado requiere (y, por ende, los demás Estados parte en el mismo) una respuesta con contenido específico. La ausencia de dicha respuesta positiva o activa se traduce como refuerzo o aprobación de la conducta esperada (quien calla otorga, o aquiescencia). Como el pronunciamiento de un órgano de tratado no requiere una respuesta específica de los terceros Estados, su silencio o inacción no puede ser interpretada con valor de confirmación.

En todo caso, y entre las contribuciones de los Estados al proyecto hubo posiciones dispares. Algunos Estados como Alemania²⁷ o España²⁸ ofrecieron ejemplos del

práctica ulterior a su “confirmación” por el ejecutivo: “In our opinion decisions of domestic courts can only constitute relevant state practice when such decisions are not rejected by the State’s executive. Such rejection can be said to exist when the executive considers and externally presents such decisions as not representing the State’s position on the issue. This qualification follows from the proposition that subsequent practice requires consistency of the different branches of government”, en ILC Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties – Comments and Observations by the Kingdom of the Netherlands –, para. 4.

²⁵ Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados Preparado por Georg Nolte, Relator Especial, A/CN.4/694, de 7 de marzo de 2016, paras. 47-48 y 94.

²⁶ A/CN.4/694, de 7 de marzo de 2016, para. 105.

²⁷ Alemania, en el marco de un tratado bilateral con Polonia, invocaba la decisión de un Tribunal nacional que valoraba el silencio de Polonia ante una declaración interpretativa de Alemania (que consideraba un acto unilateral) como aceptación de la citada interpretación, en Permanent Mission of the Federal Republic of Germany to the United Nations, Note No. 88/2016.

²⁸ España adujo la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Euro-päische Schule München v. Silvana Oberto and Barbara O’Leary*, con referencia expresa al art. 31.3.b) de la CV'69C-464/13 y C-465/13, STJUE de 11 de marzo de 2015, ECLI:EU:C:2015:163, paras. 65 y 65: “65. Sobre la base del citado artículo 80, la sala de recursos de las Escuelas Europeas ha desarrollado

valor confirmatorio de una determinada interpretación resultante de la inacción o silencio de las partes. Otros Estados se manifestaron expresamente sobre la necesidad de rechazar todo posible valor afirmativo del silencio en cualquier circunstancia, como el Reino Unido²⁹ o los Países Bajos³⁰.

Aunque las conclusiones finalmente adoptadas respondían a la noción de la inacción como respuesta a una expectativa de conducta precisa, el Relator Nolte fundamentó en cambio la inclusión del silencio como *práctica* ulterior autónoma en su primer informe (2013) mediante una remisión al artículo 2 sobre responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, según el cual la responsabilidad puede derivar de una omisión o inacción, esto es, del silencio³¹. Así, la práctica interpretativa y la práctica que deriva en violación se encuentran peligrosamente cerca en esta concepción de Nolte³².

En nuestra opinión, más allá de la identificación de la naturaleza primaria o secundaria de la inacción con valor jurídico -distinción que no está técnicamente presente

posteriormente la jurisprudencia según la cual es posible impugnar los actos lesivos que emanan de los órganos de dirección de las Escuelas Europeas. Tal jurisprudencia debe considerarse una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas, en el sentido del artículo 31, apartado 3, letra b), de la Convención de Viena. 66. Las partes en dicho Convenio nunca se han opuesto a tal práctica. Ahora bien, la falta de oposición de dichas partes debe considerarse que refleja el consentimiento tácito de las mismas respecto de tal práctica.” en MAEC-AJI, *Contribución de España sobre el tema “Los acuerdos internacionales y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”*, de 15 de enero de 2016.

²⁹ Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties: Written Comments of The United Kingdom, January 2018, p. 5, para. 32.b.

³⁰ “The second sentence of paragraph 2 of draft conclusion 10 refers to the circumstances where failure to react to a practice may constitute acceptance of that practice as subsequent practice. The draft commentary mentions that the relevance of silence or inaction depends to a large extent on the circumstances of the specific case. In our opinion, it would be important to add that the relevance of silence or inaction is not to be presumed since the rule is not that silence implies acquiescence, but rather that in a particular situation in which it was clear that reaction was called for, no such reaction came. We note in this respect that a presumption against silence has been specifically included in paragraph 3 of draft conclusion 13. We consider, however, that there are no circumstances that would justify a different approach with respect to draft conclusion 10. Therefore, we suggest that the presumption be added to draft conclusion 10 as well and that the issue be addressed in the commentary thereto, including any differences in applying the presumption, if any, in situations under draft conclusion 10 and draft conclusion 13. We further suggest that the commentary take into account the role of reactions or explanations that States may at a later stage give for certain positions and their possible silence. We also suggest that the commentary pay attention to the possibility that a State protests in a confidential, or at least not public, manner. In the latter case, we are of the view that the fact that there is no public reaction to certain conduct cannot be taken as evidence of acceptance of the subsequent practice”, en ILC Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties – Comments and Observations by the Kingdom of the Netherlands –, para. 10.

³¹ Informe de la CDI, A/68/10, 2013, Capítulo IV, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, para. 39, Conclusión 4, comentario 16. El informe previo ya había hecho referencia al silencio remitiéndolo a informes posteriores.

³² Parece oponerse a este tipo de interpretación NOVAK, F., “La conducta ulterior...”, cit., p. 113, al afirmar que la práctica ulterior del Estado que debe ser tenida en cuenta sólo incluye aquellas en aplicación del tratado “de buena fe”.

ni en los informes del relator ni en las discusiones de la CDI-, el planteamiento del relator refuerza el vínculo entre práctica ulterior (incluido el silencio) e interpretación evolutiva. Como ocurre en el proceso consuetudinario, la modificación de la norma, que pasa inicialmente por la evolución de su interpretación, puede ser consecuencia también de su violación: la práctica que resulta violatoria en un momento puntual puede convertirse en nueva práctica general y, por tanto, nueva interpretación o incluso nueva norma, con posterioridad.

Junto a la naturaleza del silencio considerado -como acto primario o secundario- no debe perderse de vista que, como el resto de la práctica ulterior, el silencio sólo puede ser considerado interpretación auténtica cuando “conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” (art. 31.3.b) CV’69). Ello puede producirse bien por el valor confirmatorio de silencios puntuales respecto de otra práctica cuasi-general, bien por la acumulación de silencios como práctica general, si puede demostrarse que tal silencio muestra “el acuerdo de las partes”. En otro caso, el silencio constituirá tan solo, y a lo sumo, un medio complementario de interpretación conforme al art. 32 CV’69.

En este contexto pretendemos ahora analizar el significado que el TEDH ha dado a la inacción en el asunto *Georgia c. Rusia (II)* en relación con la ausencia de derogación en virtud del art. 15 CEDH en la definición de la aplicación extraterritorial del mismo, teniendo en cuenta que es la tercera vez que el Tribunal invoca esta inacción en ese contexto.

III. SILENCIOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA (EXTRA)TERRITORIALIDAD

El silencio *ab origine* del CEDH ha permitido la construcción jurisprudencial de la extraterritorialidad por el TEDH (*fortifying silence*), como veremos en los apartados 1 y 2; el silencio ulterior de los Estados deviene freno de mano respecto de ciertos desarrollos de ese mismo concepto en el marco de la jurisprudencia del tribunal (*undermining silence*), tal y como explicamos en el apartado 3.

1. LA (EXTRA)TERRITORIALIDAD EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de extraterritorialidad ha generado mares de tinta desde el asunto *Lotus*³³, si no antes. Generalmente discutido en relación con el alcance y proyección de las competencias normativas, jurisdiccionales y de ejecución del Estado fuera de su territorio, el término “aplicación extraterritorial” presenta en las últimas décadas una deriva diferente en relación con el ámbito de aplicación de los tratados de derechos humanos³⁴. Este trabajo no analiza la naturaleza jurídica de esta dimensión de la extraterritorialidad, su función y finalidad, o los desafíos que plantea

³³ *Affaire du “Lotus”* (France c. Turquie), CPJI, SÉRIE A – n° 10, Arrêt du 7 septembre 1927.

³⁴ MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2011.

desde la concepción más clásica. Abordaremos brevemente la regulación de la aplicación territorial de los tratados de derechos humanos que cuentan con un órgano de supervisión y control, para luego centrarnos en el CEDH, en el marco de cuya aplicación por el TEDH nos proponemos analizar el valor interpretativo del silencio como práctica ulterior.

El concepto de territorialidad (por ende, de extraterritorialidad) en relación con los tratados de derechos humanos supone una especificación de su ámbito de aplicación *ratione loci*. En tal sentido, su significado es determinar el volumen de situaciones -no necesariamente geográfico-dependientes- bajo las cuales un Estado está obligado a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el tratado de referencia³⁵. La determinación inicial del ámbito de aplicación *ratione loci* de dichos tratados puede subsumirse en alguno de los tres casos siguientes: ausencia de referencia expresa, referencia principal al territorio, referencia única a la jurisdicción del Estado³⁶.

En el primer supuesto -sin especificación del ámbito de aplicación- se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981) y la Convención Internacional de los Derechos de las personas con Discapacidad (2006). El segundo caso diversifica la referencia territorial, pues siempre se incluye una referencia mixta con una de estas tres variantes. La más común es la referencia al “territorio bajo la jurisdicción” del Estado parte: así se emplea en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965, art. 3), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984, art. 2.1), y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2007, art. 9). Una segunda alternativa es la referencia al sumatorio “territorio y jurisdicción”, presente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 2). Por último, la tercera variante formula alternativamente el ámbito *ratione loci* del tratado como “territorio o jurisdicción”; tal es el caso de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, art. 7). Finalmente, existe un grupo de tratados que definen el ámbito de aplicación sólo en función del concepto de jurisdicción del Estado. Tal es el caso del CEDH (1950, art. 1), la Convención Americana de Derechos del Hombre (1969, art. 1) y la Convención de Derechos del Niño (1989, art. 2.1).

Ninguno de los tratados de derechos humanos referidos recoge de forma explícita su aplicación extraterritorial. La extraterritorialidad en la aplicación de un tratado de derechos humanos, consecuentemente, es expresión de un silencio en el texto del tra-

³⁵ Sobre la distinción entre “jurisdicción” y “atribución” en el marco del CEDH y la extraterritorialidad, MILANOVIC, M., “Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court”, en A. van Aaken & I. Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP; 2018, pp. 97-111.

³⁶ Hemos examinado todos aquellos tratados de derechos humanos que cuentan con un mecanismo de protección que permite las reclamaciones individuales, y, además, la Convención para Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en tanto en cuanto su aplicación extraterritorial ha sido discutida ya en asuntos contenciosos antes la CIJ.

tado, *ab origine*, interpretado expansiva y evolutivamente -como no oposición- por el órgano de control del tratado.

Nos detenemos ahora en el supuesto del CEDH para comprobar si el concepto de jurisdicción referido por su artículo primero implica una presunción de territorialidad en la aplicación de este y, en su caso, si ello puede favorecer o limitar la noción de aplicación extraterritorial del CEDH.

2. ¿ES EL CEDH UN TRATADO TERRITORIAL? DEL SILENCIO A LA PRESUNCIÓN

Aunque el CEDH define su ámbito de aplicación en el artículo primero en relación con la jurisdicción de los Estados parte y no respecto a su territorio³⁷, el CEDH contiene diversas referencias territoriales. Algunas se encuentran ligadas a la naturaleza de ciertos derechos protegidos³⁸. Las más significativas son, sin embargo, las llamadas cláusulas territoriales, presentes tanto en el CEDH como en sus Protocolos. En origen, la cláusula territorial estaba concebida para permitir que el Estado extendiera la aplicación del Convenio a territorios “de cuyas relaciones internacionales un Estado fuera responsable”, esto es, territorios pendientes de descolonización, y otras situaciones particulares como pudo ser el caso de Berlín Oeste³⁹. El punto de partida implícito, por tanto, deriva de una presunción de territorialidad del CEDH⁴⁰, puesto que se permite, de forma discrecional, que el Estado amplíe ese ámbito para incluir aquellos otros territorios cuyas relaciones internacionales están bajo su responsabilidad.

Sin embargo, a partir de los años ochenta los artículos denominados “aplicación territorial” varían su redacción, eliminado la referencia a los territorios dependientes. La nueva redacción permite la “selección territorial”, en lugar de la “ampliación territorial”. Ello abre un contexto nuevo: la posibilidad de aceptar la aplicación territorial del CEDH de forma fragmentada y reducida, respecto de los territorios bajo jurisdicción soberana del Estado, como ocurre en el caso de Dinamarca, o ampliarlo a territorios de estatuto peculiar como las bases británicas en Chipre⁴¹.

³⁷ “Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.”

³⁸ Tal es el caso de la prohibición de la detención para impedir la entrada ilegal en el territorio (art. 5.f CEDH), la libertad de circulación en el territorio del Estado, la prohibición de la expulsión de nacionales del territorio (arts. 2 y 3 PA4) y, por último, las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1 PA7).

³⁹ Así ocurre en el art. 56 CEDH y el art. 58.4 CEDH (en relación a la denuncia de tales declaraciones), en el art. 4 del Protocolo Adicional primero de 1950 (PA), y en el art. 5 PA4, de 1963.

⁴⁰ Esta idea aparece meridianamente clara en el art. 4.3 PA4, que establece que “El territorio de todo Estado al que se aplique el presente Protocolo en virtud de su ratificación o de su aceptación por dicho Estado, y cada uno de los territorios en los que el Protocolo se aplique en virtud de una declaración suscrita por dicho Estado de conformidad con el presente artículo, se considerarán como territorios distintos a los efectos de las referencias al territorio de un Estado contenidas en los artículos 2 y 3.”

⁴¹ Encontramos estas cláusulas en el art. 5 PA6, de 1983, respecto del que no consta declaración alguna; el art. 6 PA7, de 1984, respecto del que Dinamarca excluyó las Islas Feroe entre 1988 y 1994; el art. 2 PA12, de 2000, con respecto al cual Países Bajos incluye a las islas en Antillas, incluidas Curaçao

En suma, y con carácter previo al examen de la interpretación del TEDH sobre el ámbito de aplicación del tratado, aunque el CEDH define su ámbito de aplicación por referencia al concepto de jurisdicción (art. 1 CEDH), se identifica generalmente la jurisdicción como territorio íntegro del Estado, en una primera etapa (incluyendo hasta el PA4 de 1963), siendo posible sumar al territorio propio, territorios dependientes (pero que tienen una consideración autónoma conforme al Derecho internacional). Con posterioridad, se permite que el Estado limite la aplicación del mismo en ciertas partes de su propio territorio y, a la par, considerar otros espacios como zonas equivalentes a su territorio. Todo ello lleva a concluir que la territorialidad, aun no constituyendo una característica expresa del CEDH, define presuntamente su ámbito de aplicación, permitiendo desde el PA 6 de 1983 romper con tal presunción para ampliar o restringir territorialmente la aplicación en virtud de las llamadas cláusulas territoriales, al menos por cuanto se refiere a los protocolos específicamente.

3. LA EXTRATERRITORIALIDAD COMO CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR

En una visión westfaliana, un Estado parte en el CEDH ejerce su jurisdicción sobre su territorio, y por ello debe garantizar el respeto del aquel en este. Fuera de su territorio, y en particular, en el territorio de un tercer Estado, la responsabilidad de la aplicación del CEDH corresponde al “otro” soberano territorial, siempre que sea parte en el convenio y los actos puedan serle atribuidos a tal Estado: la soberanía territorial jugará en favor de la presunción del control territorial.

A) El carácter excepcional de la extraterritorialidad del CEDH

La sujeción de los Estados al CEDH por actos llevados a cabo fuera de su territorio rompe con esa visión y se conoce como aplicación extraterritorial del convenio. Con antecedentes que apuntaban en esta dirección⁴², la jurisprudencia de los últimos veinte años ha desarrollado esta noción tanto en relación con los actos realizados en

y San Martín; el art. 4 PA13, de 2002, respecto del cual Dinamarca excluyó las Islas Feroe entre 2002 y 2003 y Groenlandia entre 2002 y 2004; por su parte, el Reino Unido en relación a este mismo protocolo declaró inicialmente (2002) que sólo el territorio insular de Gran Bretaña e Irlanda del Norte quedaba sometido al Protocolo, para luego en 2003 ampliar su aplicación a sus bases áreas en Chipre, en 2004 a las Islas del Canal, en 2007 a territorios no autónomos de los que era responsable como Anguilla, Bermuda, las Islas Malvinas, Gibraltar, Montserrat, St Helena, Ascensión y Tristán da Cunha, Georgia del Sur y las Islas Sandwich del Sur, y las islas Turks y Caicos.

⁴² Tal es el caso de la pionera sentencia *Soering*, de 1989, en relación con la posible vulneración de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (calificando así la estancia en el llamado corredor de la muerte) a los que el demandante podría verse sometido en Estados Unidos si era condenado a pena de muerte, si Reino Unido lo extraditaba, *Soering v. The United Kingdom* (Pl.), no. 14038/88, ECHR 7.7.1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888. Con esta jurisprudencia, canalizada bajo el concepto de violación potencial y no el de aplicación extraterritorial, el TEDH sometía al CEDH eventuales violaciones en sí extraterritoriales (efectos extraterritoriales), que derivaban de actos territoriales del Estado eventualmente responsable.

el territorio de un tercer Estado (parte o no en el CEDH⁴³), como en espacios no sujetos a soberanía de ningún Estado⁴⁴. Sin duda, el paso crucial de considerar sujetos al CEDH actos realizados fuera del territorio del Estado eventualmente responsable se incrementa con el auge de las acciones militares posteriores al final de la Guerra Fría, y luego a los atentados de septiembre de 2001, que comportan una activa participación militar. El TEDH había fundamentado la ampliación de la aplicación territorial del CEDH, sin mencionar el término “extraterritorialidad” en 1996 en el asunto *Loizidou*, basando la aplicación del mismo en el control territorial por un ocupante (para nosotros, extraterritorialidad ‘territorial’)⁴⁵. Con posterioridad, además de consolidar esa visión, ampliaría la aplicación del CEDH a acciones puntuales (sin ocupación) bajo una teoría ampliada de la extraterritorialidad, dependiente de la sujeción de la víctima a la actuación de un agente público, bajo su control (extraterritorialidad ‘funcional’)⁴⁶.

B) El fundamento de la extraterritorialidad

Sin desarrollar por extenso esta jurisprudencia, que siempre ha considerado excepcional la aplicación extraterritorial del CEDH⁴⁷, o los matices en la evolución del concepto⁴⁸, interesa subrayar que el TEDH nunca ha fundamentado la aplicación extraterritorial del CEDH en la práctica ulterior de los Estados, ya sea práctica relativa al ejercicio extraterritorial de sus competencias, ya sea práctica relativa a la aplicación del convenio.

De un lado, si bien existe práctica de los Estados en relación con el ejercicio de sus competencias de forma extraterritorial, tan sólo sus dimensiones normativa y jurisdiccional (en el sentido de competencia de sus tribunales) son aceptadas de forma relativa en función de la intensidad de los vínculos no territoriales invocados para el ejercicio de estas competencias fuera del territorio. En todo caso, el ejercicio de competencias de ejecución y el uso de la fuerza para ello de forma extraterritorial

⁴³ *Al-Skeini and Others* [GC], no. 55721/07, § 142, ECHR 7.7.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107

⁴⁴ *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 29.3.2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403.

⁴⁵ *Loizidou v. Turkey* [GC], no. 15318/89, §§ 56-57, ECHR 18.12.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD001531889. La atribución a Turquía de la responsabilidad por violaciones en la llamada república turco-chipriota en casos individuales e interestatales comparte el mismo fundamento.

⁴⁶ *Al-Skeini and Others* [GC], §§ 149-150, ECHR 2011.

⁴⁷ *Al-Skeini and Others* [GC], §§ 130-42, ECHR 2011; *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, §§ 178-190, ECHR 29.2.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507; *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, §§ 96-109, ECHR 5.5.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918; *Georgia v. Russia (II)* [GC], §114, ECHR 2021.

⁴⁸ La doctrina sobre esta jurisprudencia es muy amplia. Para una aproximación al conjunto de las líneas jurisprudenciales sobre extraterritorialidad por el TEDH puede verse HARAKAŞ, I., & BAKIRCI, H., “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Evolution of the Court’s Jurisprudence on the Notions of Extraterritorial Jurisdiction and State Responsibility”, en A. van Aaken & I. Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, pp. 112-134.

-en particular, en el territorio de otro Estado- es contestado desde el Derecho internacional como puso de manifiesto la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Lotus* en 1927. Paradójicamente, los asuntos en los que el TEDH examina la aplicación del CEDH de forma extraterritorial son precisamente supuestos de ejercicio de competencias de ejecución estatales fuera de su territorio. No obstante, nunca jamás ha invocado tal práctica de aplicación extraterritorial de competencias estatales -que implica una violación del Derecho internacional general *per se*- como fundamento de la propia extraterritorialidad del convenio.

De otro lado, siendo el CEDH un límite a la actuación de los Estados, es difícil concebir una predisposición de estos a limitarse más allá de lo estrictamente previsto en el CEDH. Por ello, resulta escasa la práctica de los Estados que amplíe voluntariamente su propia sujeción al CEDH fuera de su territorio. El único caso claro, ya citado, nos parece la extensión de la aplicación del PA 13 a las bases militares británicas en Chipre. Ello explica que no exista, en consecuencia, práctica de los Estados sobre derogación del CEDH para conductas realizadas fuera de su territorio.

Por todo ello, la fundamentación de la noción de extraterritorialidad por el TEDH tiene como clave de bóveda la noción de jurisdicción inscrita en el artículo 1 CEDH, y no la presunta naturaleza territorial del Convenio interpretada a la luz de una práctica estatal ulterior sobre extraterritorialidad en sí misma considerada.

Por el contrario, la técnica interpretativa del TEDH se fundamenta en dos pasos a la hora de dotar de significado el término “jurisdicción”: en primer lugar, el entendimiento finalista, teleológico del CEDH que debe garantizar derechos de forma eficaz⁴⁹; en segundo lugar, el análisis del ejercicio de jurisdicción como una cuestión de hecho del caso concreto⁵⁰, y no como expresión de una práctica ulterior consolidada de los Estados parte. El primer paso conduce al tribunal a afirmar la ampliación del ‘*Contracting States*’ “*legal space*”⁵¹. El segundo paso lleva a la Corte a examinar cuestiones de hecho como “*the strength of the State’s military presence in the area*”⁵², “*the extent to which its military, economic and political support for the local subordina-*

⁴⁹ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, §§ 126-128, ECHR 2.3.2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0302JUD006149808: “127. The Court must in addition have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Its approach must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, inter alia, *Soering*, cited above, § 87; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 72, Series A no. 310; and *McCann and Others*, cited above, § 146).”

⁵⁰ *Georgia v. Russia (II)* [GC], §§ 116-117, ECHR 2021, en relación con la extraterritorialidad territorial y citando el asunto *Loizidou*: “*It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory*”, y en relación a la extraterritorialidad personal o funcional, “*What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question*”, en referencia a los asuntos *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), no. 61498/08, §§ 86-89, ECHR 30.6.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0630DEC006149808; *Medvedyev and Others v. France* [GC], § 67, ECHR 2010.

⁵¹ *Al-Skeini and Others* [GC], §§ 137 & 142, ECHR 2011.

⁵² *Loizidou v. Turkey* [GC], §§ 16 & 56, ECHR 1996; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (dec.) [GC], no. 48787/99, § 387, ECHR 4.7.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0704DEC004878799.

*te administration provides it with influence and control over the region*⁵³, “*the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held*” o “*the exercise of physical power and control over the person in question*”⁵⁴.

C) La inacción como fundamento interpretativo

En ninguno de estos desarrollos el TEDH escoge la invocación de la práctica ulterior -sobre extraterritorialidad o sobre derogación del CEDH- para fundamentar de una u otra forma las diversas formas de extraterritorialidad examinadas. En tal contexto, resulta excepcional la formulación de la inacción de los Estados -que nunca han derogado el CEDH para tiempos de guerra en el territorio de un Estado tercero- como fundamento de la interpretación del término “jurisdicción” de tal forma que reduzca la expansión de la extraterritorialidad, al punto de negarla absolutamente para tiempo de guerra.

Sin embargo, en tres ocasiones el TEDH ha recurrido a la ausencia de derogación (ex art. 15 CEDH) como fundamento de una interpretación jurisprudencial en el contexto de la aplicación extraterritorial del convenio.

En el asunto *Bankovitz* de 2001, la Gran Sala negó la posibilidad de aplicación extraterritorial del CEDH a acciones militares llevadas a cabo por un Estado parte fuera de su territorio porque, entre otros argumentos, la inexistencia de derogaciones del CEDH específicas para esa situación traducía que los Estados parte no consideraban estar ejerciendo jurisdicción en tal caso.

“(…) Although there have been a number of military missions involving Contracting States acting extra-territorially since their ratification of the Convention (inter alia, in the Gulf, in Bosnia and Herzegovina and in the FRY), *no State has indicated a belief that its extra-territorial actions involved an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention by making a derogation pursuant to Article 15 of the Convention*”⁵⁵.

Esta posición ultra-restrictiva de toda manifestación de la extraterritorialidad sería superada posteriormente, a la par que expandía la noción de extraterritorialidad sobre la base del concepto de jurisdicción como control (de territorio o de personas).

En 2014, el TEDH recurrió a este mismo argumento -ausencia de derogación- en el asunto *Hassan v. Reino Unido*, aunque en relación exclusivamente al art. 5 CEDH. Sin embargo, en lugar de concluir con la inaplicación de este artículo al caso (consecuencia conforme a *Bankovitz* del argumento que equipara ausencia de derogación y ausencia de jurisdicción extraterritorial), el tribunal aplicó el argumento a la relación entre el CEDH y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), como *lex specialis* en tiempos de conflicto armado: la no derogación del art. 5 CEDH traducía una vo-

⁵³ *Ilaşcu and Others* (dec.) [GC], §§ 388-394, ECHR 2001; *Al-Skeini and Others* [GC], § 139, ECHR 2011.

⁵⁴ *Hassan* [GC], § 74, ECHR 2014; *Jaloud v. The Netherlands* [GC], no. 47708/08, § 139, ECHR 20.11.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808.

⁵⁵ *Bankovic and others* (dec.) [GC], §62, ECHR 2001 (énfasis añadido).

luntad de los Estados parte de no rebajar los requisitos de legalidad de la detención, aceptando la necesidad de interpretar el CEDH a la luz de otras obligaciones en vigor entre las partes conflicto armado⁵⁶.

En 2021, el TEDH retoma en *Georgia c. Rusia (II)* el argumento *Bankovitz* nuevamente para excluir la aplicación extraterritorial del CEDH, aunque limitadamente sólo en relación con el tiempo de guerra, sin cuestionar otras aplicaciones de la extraterritorialidad.

De forma crítica, debemos constatar que el TEDH vincula el concepto de jurisdicción y la posibilidad de derogación en *Bankovitz*, de forma genérica, y en *Georgia v. Rusia (II)*, limitando el alcance al período de conflicto armado mismo Y que ambos son los únicos casos en los que la violación alegada afecta a la acción armada propia del conflicto y no a otras conductas posteriores (como la ocupación). A nuestro entender, el tribunal confunde la aplicación *ratione loci* ligada al art. 1 CEDH (actos bajo la jurisdicción del Estado, por tanto, sujetos al CEDH), con el alcance *ratione materiae*, verdadero ámbito regulado por el art. 15 CEDH. Este artículo no determina la exclusión de la jurisdicción del Estado, sino la restricción de los derechos que debe respetar y hacer respetar el Estado en circunstancias de excepción en las que tiene jurisdicción. Extendemos al TEDH el comentario de Habteslasie sobre los tribunales internos -en relación a los británicos- cuando afirma que debe interpretarse el artículo 15 CEDH “in a manner that fortifies, rather than undermines, the internal coherence of the ECHR as a human rights instrument”⁵⁷. En consonancia, el TEDH ha afirmado el alcance extraterritorial del CEDH en los supuestos de ocupación (extraterritorialidad territorial) y de actuación de agentes del Estado (extraterritorialidad funcional), sin analizar nunca si algún Estado parte en el CEDH ha derogado el mismo para tales circunstancias.

El significado dado por el TEDH a la ausencia de derogación en 2021, además, sitúa en posición muy diferente -desde la perspectiva del respeto del CEDH- al Estado en cuyo territorio ocurre el conflicto si es parte en el convenio, frente al Estado “invasor”. Para el primero, el CEDH se aplica en tiempo de paz y en tiempo de guerra, con la posibilidad de derogar; no obstante, siempre estaría sujeto al CEDH, al menos para el control procesal de los requisitos de derogación y más allá de ello, sujeto al respeto del núcleo duro de derechos inderogables-. El segundo, el Estado “agresor”, no quedaría sujeto en absoluto. A su vez, genera una serie de escenarios secundarios -no en importancia- en el análisis de la relación entre el CEDH y el Derecho internacional humanitario, hasta ahora compatibilizados, no sin problemas.

Valorando el argumento del TEDH con la óptica de las conclusiones de la CDI en relación con el silencio como práctica ulterior, debemos hacer notar tres cuestiones diferentes. Primero, formalmente, el tribunal no invoca el art. 31.3.b) de la CV'69, ni siquiera el art. 32, aunque implícitamente se apoya en ellos. Segundo, en el contexto de las conclusiones, el valor del silencio es dependiente de la existencia de una espec-

⁵⁶ *Hassan* [GC], §§101-107, ECHR 2014. Y sobre ello, CREMA, L., “Subsequent practice in *Hassan v United Kingdom*: When things seem to go wrong in the life of a living instrument”, *Questions of International Law, Zoom-in*, núm. 15, 2015, pp. 3-22.

⁵⁷ HABTESLASIE, A., “Derogation in Time of War: The Application of Article 15 of the ECHR in Extraterritorial Armed Conflicts”, *Judicial Review*, 2016, vol. 21, p. 316.

tativa concreta, tal y como hemos puesto de manifiesto en relación con la Conclusión 10 y también con la Conclusión 13. Sin embargo, la inacción sobre la que se fundamenta la argumentación del TEDH en este caso se basa en el ejercicio de un derecho -derogar es una opción, no una obligación-. En ningún caso sustituye a una respuesta alternativa, esperada o esperable. Desde una perspectiva estatal, derogar en tal circunstancia significa aceptar explícitamente la aplicación extraterritorial del CEDH⁵⁸, contestada por los Estados parte en el mismo en cada ocasión en la que son demandados. No sorprenderá el dato de que ningún Estado ha efectuado derogación alguna en relación a la aplicación extraterritorial de ninguno de los tres tratados que contienen cláusula de derogación⁵⁹, como tampoco existe práctica alguna de derogación por parte del Estado territorial por causa de guerra, habiéndose alegado siempre la existencia de un “peligro público que amenace la vida de la nación”⁶⁰.

En tercer lugar, tanto el art. 31.3.b) CV'69 como la Conclusión 4 del proyecto de la CDI requieren que la práctica ulterior “expresé el acuerdo de las partes con respecto a tal interpretación”. El TEDH deriva una voluntad común de la ausencia de derogaciones. Sin embargo, la no derogación puede deberse a múltiples razones, tanto jurídicas como políticas, no necesariamente vinculadas al concepto de jurisdicción del art. 1 CEDH y su interpretación. Significativamente, el tribunal excluye el examen de la jurisprudencia y los debates internos a nivel parlamentario y gubernativo en el Reino Unido, provocados por la propia jurisprudencia del TEDH sobre extraterritorialidad. Como consecuencia de la expansión de la que hemos llamado “extraterritorialidad funcional” a partir del asunto *Al-Skeini* de 2011, el Parlamento británico analizó desde 2013 posibles alternativas para blindar sus acciones armadas, más allá de la propia denuncia del convenio. Entre las mismas, estudió la posible derogación del CEDH en el marco de las operaciones militares en el extranjero, llegando incluso a ser anunciada por la primera ministra en 2016⁶¹. Dicha posibilidad ha sido legalmente cuestionada por los tribunales internos británicos y por la doctrina sobre la base de los requisitos del propio art. 15 CEDH y sobre sus efectos en relación con la interacción con el Derecho internacional humanitario, sin perjuicio de que autores como Milanovic resaltan el interés de la posibilidad de derogación en tal contexto⁶². En su caso, esta “práctica”, aunque no general sino de un Estado es-

⁵⁸ ROONEY, J. M., “Extraterritorial Derogation from the European Convention on Human Rights in the UK”, *European Human Rights Law Review*, 2016, p. 9.

⁵⁹ MILANOVIC, M., “Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict”, en N. Bhuta (ed.), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, OUP, 2016, p. 55. El propio TEDH lo ha afirmado en *Hassan* [GC], § 101, ECHR 2014.

⁶⁰ HABTESLASIE, A., “Derogation in Time of War...”, cit., p. 310-315.

⁶¹ House of Commons Defence Committee, *UK Armed Forces Personnel and the Legal Framework for Future Operations*, Twelfth Report of Session 2013–14 Report, 26 March 2013. La respuesta del Gobierno, incluida en un Anexo en 2014, en cambio, no hace referencia a la derogación. En 2016, sin embargo, Theresa May anunció la posible derogación del CEDH en futuras acciones militares en el exterior, Government to protect Armed Forces from persistent legal claims in future overseas operations - GOV.UK (www.gov.uk), 4 de octubre de 2016.

⁶² HABTESLASIE, “Derogation in Time of War...”, cit., pp. 302-316; MILANOVIC, “Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties...”, cit., pp. 55-88; ROONEY, “Extraterritorial Derogation from the European Convention...”, cit., pp. 656-663.

pecialmente afectado por la jurisprudencia extraterritorial, pondría en cuestión sin duda el carácter general de la inacción, reduciendo, por tanto, su valor interpretativo de medio auténtico a medio auxiliar.

Por tanto, es difícil, peligroso incluso, encuadrar este pronunciamiento del TEDH como una aplicación de la noción de práctica ulterior, por mucho que el tribunal lo afirme así. Sin duda, la jurisprudencia expansiva y poco articulada sobre extraterritorialidad ha llevado al propio TEDH a echar un freno de emergencia: cual *Deus ex machina* invoca la noción del silencio como límite. La ausencia de derogación en tiempo de guerra en *territorio ajeno* como interpretación negativa del ejercicio de jurisdicción deviene expresión de autocontención judicial (incluso regresión) en el marco de la interpretación evolutiva de los tratados⁶³, tan fecunda en relación con la protección de los derechos fundamentales, cuestión con la que queremos concluir este capítulo.

IV. EPÍLOGO: LA GOBERNANZA INTERPRETATIVA EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SILENCIO COMO PRÁCTICA ULTERIOR

A modo de cierre queremos resaltar cuatro elementos. En primer lugar, el condicionamiento del valor de la práctica ulterior por el método de análisis empleado por la CDI y cómo ello afecta al estudio del silencio. En segundo lugar, la función o finalidad del trabajo de la CDI en esta materia como contribución a la técnica de la interpretación evolutiva. En tercer lugar, la interpretación evolutiva en el contexto específico de los derechos humanos y el cambio de posición del relator en relación con la inclusión de estos en el estudio. En cuarto y último lugar, la gobernanza en la definición del alcance de los tratados de derechos humanos entendido como un equilibrio entre el consentimiento de los Estados, la inacción como práctica ulterior y la interpretación que de ambos elementos -tratado y silencio- hacen los tribunales u órganos, como freno de emergencia en relación con la extraterritorialidad.

PRIMERO. Una de las paradojas del objeto general de estudio -las conclusiones de la CDI sobre los acuerdos y práctica ulterior de los Estados en la interpretación de los tratados- deriva del hecho mismo de que la Comisión fundamenta casi exclusivamente sus Conclusiones en la interpretación que de la práctica ulterior de los Estados hacen los tribunales, como ponen de manifiesto los comentarios oficialmente aprobados. Sin duda, práctica ulterior de los Estados e interpretación de la práctica por los tribunales no deben identificarse, por cuanto que los tribunales son selectivos y dotan de significado propio a cierta y no toda práctica, con carácter previo al valor que la CDI les ha acordado. En resumen, la CDI fundamenta en amplia medida el valor de la práctica en aquella seleccionada y ya interpretada por los tribunales y ciertos órganos internacionales asimilables. Este planteamiento en sí mismo ignora el valor

⁶³ Sobre los matices y la distinción entre interpretación evolutiva e interpretación basada en la práctica subsiguiente, puede verse ARATO, J., "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, pp. 443-494.

secundario de la interpretación realizada por los propios tribunales, como medio auxiliar para la determinación del Derecho internacional conforme al art. 38.1.d, ahora en estudio por la CDI⁶⁴. Un análisis futuro de coherencia entre ambos proyectos tendrá sin duda interés.

SEGUNDO. El trabajo de la CDI sobre acuerdos y práctica ulterior en la interpretación de tratados está profundamente enraizado con el concepto de interpretación evolutiva. El propio dato de que las conclusiones adoptadas nacieran en el seno de un grupo de trabajo sobre los tratados en el tiempo ilustra una de las motivaciones originales: entender cómo los tratados se adaptan a las circunstancias cambiantes y cómo los Estados van expresando variaciones en torno a la interpretación que debe darse a los términos del tratado y, por ende, de los compromisos asumidos a medida que el transcurso del tiempo modifica el contexto. Así, esta variante interpretativa tiende a complementar la modalidad de interpretación finalista (objeto y fin) que permite alejarse o globalizar la interpretación literal y el peso de los trabajos preparatorios y circunstancias originarias, que pronto pueden verse como un “lastre” del pasado del tratado. La Conclusión 8 aprobada por la CDI considera que la práctica ulterior (así como los acuerdos) puede ayudar a confirmar la presunta intención de las partes de que los términos del tratado se acomoden al transcurso del tiempo. Con ello la CDI toma partido en un debate inconcluso sobre el conocido como Derecho intertemporal y, en ese contexto, sobre la dualidad acerca de la interpretación estática (fijada en el momento de adopción del tratado) y la interpretación dinámica o evolutiva⁶⁵.

TERCERO. Sin duda, el concepto de interpretación evolutiva ha adquirido especial relevancia en relación con los tratados de derechos humanos, concebidos como instrumentos vivos (*living instruments*⁶⁶). Esta metodología de interpretación permite tanto actualizar los derechos desde la perspectiva histórico-sociológica -por ejemplo, el concepto de familia protegida por el derecho a la vida de familia- como integrar la protección de derechos que originalmente no estaban incluidos -derecho a la salud, derecho a un medio ambiente sano-, a menudo sobre la base de la práctica subsiguiente de los Estados. El peso de la práctica ulterior de los Estados en este tipo

⁶⁴ Tema incluido en la agenda de trabajo a largo plazo de la CDI en 2021 con el título “Subsidiary means for the determination of rules of international law”, aunque en 2022 la CDI inició los trabajos nombrando a Charles Chernor Jalloh como relator especial para el tema.

⁶⁵ DUPUY, P.-M., “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”, en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 123-137; BUGA, I., “Subsequent Practice and Treaty modification”, en Michael Bowman & Dino Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, 2018, pp. 369-372; FITZMAURICE, *op. cit.*, 2020, pp. 26-31; FITZMAURICE, M. & MERKOURIS, P., *Treaties in Motion: The Evolution of Treaties from Formation to Termination*, Cambridge University Press, 2020, pp. 123-147.

⁶⁶ Término mencionado por primera vez por el TEDH en el asunto *Tyrer v. The United Kingdom*, no. 5856/72, §31, ECHR 25.4.1978, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672. Se convertirá pronto en referencia frecuente en la jurisprudencia. Recientemente y sobre los límites de esta concepción, puede verse la opinión parcialmente concurrente del Juez Serghides, § 26, en el propio asunto *Georgia c. Rusia (II)* con el que iniciamos este capítulo. Sobre esta noción, MOECKLI, D., & WHITE, N., “Treaties as ‘Living Instruments’”, en M. Bowman & D. Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, pp. 136-171, 2018, Cambridge University Press, doi:10.1017/9781316179031.008.

de interpretación es objeto del filtro por el TEDH, de forma que los Estados no puedan reducir el alcance de sus compromisos mediante la misma⁶⁷.

En el marco de los trabajos de la CDI que hemos examinado, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de excluir el examen de la interpretación de los tratados de derechos humanos y los tribunales penales internacionales de sus trabajos⁶⁸, por considerarlos un ámbito específico y peculiar, sin llegar a cuestionar la aplicación del art. 31 CV'69 a los mismos⁶⁹. El informe recogía la diferente visión del TEDH y de la Corte Interamericana en la consideración de la práctica ulterior como mecanismo sobre el que se fundamenta la interpretación finalista y evolutiva. Para el TEDH la práctica ulterior resulta un fundamento habitual de la interpretación evolutiva, mientras que la Corte IDH raras veces ha acudido a la práctica estatal para fundamentar esta interpretación finalista y evolutiva⁷⁰. Conforme al informe, el TEDH entiende como práctica ulterior “las normas jurídicas comunes entre los Estados miembros del Consejo de Europa”⁷¹.

El Relator Georg Nolte, en cambio, consideró desde su informe inicial que los tratados de derechos humanos no requerían un examen diferenciado, siendo ello patente en las conclusiones finalmente adoptadas⁷². El Relator, en todo caso, y desde su informe inicial en 2008, prestó atención a la especial complejidad del recurso a la práctica en relación con la interpretación finalista y/o evolutiva, de forma expresa⁷³.

⁶⁷ SEIBERT-FOHR, A., “The Effect of Subsequent Practice on the European Convention on Human Rights: Considerations from a General International Law Perspective”, en A. VAN AAKEN & J. MOTO, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 61-82.

⁶⁸ El Grupo de trabajo solicitó un informe sobre “Jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos y las prácticas ulteriores”, en el que se incluyera la relativa a tribunales y órganos de derechos humanos y la relativa al sistema de la OMC, solicitado en 2010 (*Official Records of the General Assembly, Sixty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/65/10)*, para. 353) y presentado en 2011 (*Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth session, Supplement No. 10 (A/66/10)*, para. 338 y ss). Georg Nolte en su informe inicial se había centrado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

⁶⁹ A/66/10, 2011, para. 344, conclusión 4 “Interpretación de los tratados de derechos humanos y en el ámbito del derecho penal internacional”.

⁷⁰ A/66/10, 2011, para. 344, conclusión 7 “La interpretación evolutiva y la práctica ulterior”.

⁷¹ Idem, 2010, para. 344, conclusión 6 “Identificación del papel del acuerdo o la práctica ulterior como medio de interpretación”.

⁷² Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties with commentaries, 2018. En los comentarios se aprecia cómo la CDI integró la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos para apoyar y sustanciar las normas generales y comunes que examina en sus conclusiones. Las referencias específicas al término “human rights” como concepto o, por referencia, a los tribunales de derechos humanos llega a superar la centena.

⁷³ *Official Records of the General Assembly, Sixty-third Session, Supplement No. 10 (A/63/10)*, 2008, Anexo I, “Los tratados en el tiempo en particular: acuerdo y prácticas ulteriores”, para. 15: “En un momento en que el derecho internacional debe hacer frente a «una proliferación de cortes y tribunales internacionales», la interpretación evolutiva de los tratados es, por una parte, un método que asegura la efectividad del tratado; por otra parte, puede dar lugar a una reinterpretación del tratado que vaya más allá del consentimiento efectivo de las partes. Por este motivo, la referencia a la práctica ulterior resulta menos previsible y al mismo tiempo más importante: si la invocación de la práctica ulterior no se limita

Al respecto conviene subrayar que el proyecto aprobado establece una frontera entre interpretación evolutiva por la práctica ulterior y enmienda o modificación del tratado en la Conclusión 7, punto tercero, mediante la presunción de que la práctica no tiene valor de enmienda. Siguen las conclusiones así las normas de la CV⁶⁹ a los efectos de la enmienda o modificación, único punto en el que los negociadores de esta se apartaron de la propuesta original de la CDI, que preveía la enmienda a través de la práctica subsiguiente. La doctrina sigue criticando la exclusión de la práctica modificativa, sobre la base de la jurisprudencia existente⁷⁴.

CUARTO. El método de análisis de la CDI, identificando la práctica ulterior a través de la jurisprudencia, explica la escasa relevancia concedida al examen del silencio como práctica ulterior. Los Estados, en general, prefieren no conceder efectos jurídicos al silencio, en sí mismo escasamente regulado en Derecho internacional y pobremente analizado en la doctrina. Los tribunales internacionales, consecuentemente, no suelen recurrir al silencio y a la inacción como práctica ulterior para fundamentar interpretaciones específicas y autónomas⁷⁵. Por ello la CDI apenas ha valorado el impacto que la inactividad puede tener en la interpretación, remitiéndose vaga y confusamente a la doble visión del silencio en el marco de los actos jurídicos unilaterales (como una conducta pseudo bilateral y reactiva) y en el marco de la responsabilidad internacional (como verdadero acto unilateral que genera el incumplimiento de una obligación bi- o multi-lateral, sea de origen convencional o consuetudinaria).

El recurso al silencio como práctica interpretativa suele resultar en una función confirmatoria de la práctica activa de otros Estados (silencio como aquiescencia, *fortifying silence*), de forma que el silencio permite generalizar la “práctica ulterior”, esto es, dotando a prácticas singulares de valor general como expresión del sentir de todas las partes. El recurso en cambio a un comportamiento omisivo per se, no bilateralizado, que no canaliza una respuesta tácita a otra conducta, convierte la sentencia del TEDH con la que iniciábamos este trabajo en un caso peculiar y significativo. En *Georgia v. Rusia (II)* el silencio -la no derogación del Convenio- se identifica como práctica ulterior que permite determinar una interpretación específica, en este caso restrictiva (*undermining silence*).

a dilucidar el acuerdo efectivo y continuo de las partes, la interpretación del tratado puede ser menos previsible pero la práctica ulterior puede llegar a ser más importante si se utiliza como evidencia de una interpretación dinámica de instrumentos convencionales (por ejemplo, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere al Convenio europeo de derechos humanos como «un instrumento vivo [...] cuya interpretación tiene que adecuarse a las condiciones de vida actuales»).

⁷⁴ Por todos y en sentido crítico, pueden verse MURPHY, S. D., “The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties”, en G. Nolte, *Treaties and subsequent practice*, OUP, 2013, pp. 88-90; BUGA, *op. cit.*, 2018, pp. 372-379; NOLTE, G., “Still Setting the Frame: The Vienna Convention’s Rules on Treaty Interpretation in the Light of the ILC Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 24, 2019, pp. 59-61; NOVAK, “La conducta ulterior...”, *cit.*, pp. 119-121; FITZMAURICE, M., “Subsequent Agreement and Subsequent Practice...”, *cit.*, pp. 22-25. Por el contrario, a favor de la Conclusión, 7.3, HAMAMOTO, Y., “Possible Limitations to the Role of Subsequent Agreements and Subsequent Practice - Viewed from Some State Practices” *International Community Law Review*, 2020, vol. 22, núm. 1, pp. 63-66.

⁷⁵ MCGROGAN, *op. cit.*, 2014, pp. 355-362 y 368-370.

Si bien el recurso a la práctica ulterior en la jurisprudencia del TEDH ha permitido fundamentar la interpretación evolutiva en relación con los derechos reconocidos, nunca ha sido este el fundamento del concepto de extraterritorialidad, sino la interpretación teleológica. El CEDH como “orden público europeo” requería una comprensión amplia, cada vez más, del “espacio jurídico” de los Estados.

En el contexto de la extraterritorialidad, el TEDH invocó por primera vez y de forma expresa el art.31.3.b) CV'69, sobre práctica ulterior de los Estados en relación a la no derogación del CEDH en el asunto *Hassan* (2014)⁷⁶. Antes de ello ya había recurrido de facto a la inacción de los Estados en relación con la derogación del CEDH, en *Bankovic* en 2001. Si en *Hassan* la cuestión sustantiva concernía la interacción del Derecho internacional humanitario y el CEDH en relación con un derecho específico, en *Bankovic* el TEDH rechazaba toda aplicación extraterritorial del CEDH en el caso con el argumento de la ausencia de derogación (silencio de los Estados parte).

Entre *Bankovic* (2001) y *Georgia c. Rusia (II)* en 2021, el TEDH había afirmado y expandido su jurisprudencia sobre extraterritorialidad, sin exigir para ello práctica confirmatoria. En 2021, invoca como práctica ulterior la inacción o el silencio -no derogación del CEDH- para dotar de un significado restrictivo al término “jurisdicción”, base sobre la que se construye la extraterritorialidad. Constituye, sin duda, un recurso desesperado por intentar limitar la fuerza expansiva, centrípeta del CEDH, excluyendo su aplicación durante el conflicto armado: la propia deriva interpretativa del CEDH por el TEDH en relación con la extraterritorialidad, cada vez más amplia ha puesto al TEDH ante un precipicio. El tribunal, tratando de echar el cerrojo a esta interpretación, ha afirmado además en la sentencia que para extender la extraterritorialidad del CEDH al tiempo de conflicto armado será necesaria una reforma que proporcione base legal a la misma⁷⁷. Con ello entra en crisis el binomio consentimiento del Estado, práctica subsiguiente e interpretación por un órgano jurisdiccional, a nuestro entender.

Sin embargo, fundamentar el límite de la extraterritorialidad en una inacción derivada de un derecho -derecho a derogar⁷⁸- no debiera ser argumento suficiente. La consecuencia de la no derogación, en circunstancias en las que pudiera y/o debiera hacerse, debe ser, en su caso, la constatación de eventuales violaciones, como ponen y pondrán de manifiesto la serie de asuntos planteados a raíz de la diversidad de respuestas a la pandemia.

En el tintero se quedan otras cuestiones no analizadas y suscitadas por este estudio. De un lado, ¿cuál es el valor de la inacción, como práctica ulterior de los Estados, en la interpretación de los tratados de derechos humanos cuando tal inacción constituye violación de los mismos⁷⁹? De otro lado, ¿cuál es la verdadera -diríamos, grociana- re-

⁷⁶ *Hassan* [GC], § 101, ECHR 2014.

⁷⁷ *Georgia v. Russia (II)* [GC], § 142, ECHR 2021: “If, as in the present case, the Court is to be entrusted with the task of assessing acts of war and active hostilities in the context of an international armed conflict outside the territory of a respondent State, it must be for the Contracting Parties to provide the necessary legal basis for such a task”.

⁷⁸ Como pone de manifiesto la doctrina, el ejercicio de este derecho depende de la voluntad del Estado y de su percepción de lo que sea un “estado de emergencia que amenace la vida de la nación”.

⁷⁹ Alguna referencia puede encontrarse esporádicamente a esta cuestión y a la dificultad de distinguir entre práctica violatoria y práctica de los Estados destinada a reducir el alcance del núcleo

lación entre [*De Iure belli ac pacis*? Esto es, la sentencia *Georgia c. Rusia (II)* del TEDH abre un nuevo escenario en la relación entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, al menos en los casos en los que el conflicto se sustenta entre Estados parte en el CEDH. La sentencia de 2021 coloca en posición asimétrica a los Estados parte en relación al respeto de los derechos indelegables del CEDH. A ello debe añadirse que las condiciones y umbrales de garantía de estos derechos pueden ser y son, diferentes en el marco del CEDH y del Derecho Internacional Humanitario⁸⁰, y las posibilidades de reclamaciones interestatales e individuales por violación del Derecho internacional humanitario son reducidas.

Este tema resulta tanto más relevante cuando que quedó en la práctica fuera de los trabajos de la CDI sobre el efecto de la guerra en los tratados. Aunque el artículo 7 del proyecto aprobado incluía a los tratados de derechos humanos entre aquellos que no se ven específicamente afectados por la guerra, al incluirlo en el Anexo⁸¹, la aproximación formal, en términos de “suspensión y terminación automática vs. derecho a terminar o suspender los tratados de derechos humanos por causa de guerra”, desplazó al análisis sustantivo. Este análisis sustantivo es, en cambio, el que ha afrontado el TEDH de las últimas décadas. A partir de *Georgia v. Rusia (II)* el debate queda limitado a la interacción post-conflicto (por ejemplo, en situaciones de ocupación) y a la interacción en relación con el Estado en cuyo territorio se produce el conflicto, al quedar el Estado agresor fuera del alcance del CEDH, negada la extraterritorialidad del mismo en tiempo de “guerra”.

Sin duda, llevamos acumuladas demasiadas palabras hablando del silencio. Conocida resulta la referencia ciceroniana: *durante la guerra, las leyes callan*. Como juristas, bien sabemos la escasa verdad de tales palabras, aunque el TEDH se haya empeñado en dar un paso en aquella dirección.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, pp. 443-494.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Subsequent Practice, Practices, and “Family-Resemblance”: towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu – A Multi-Actor Perspective”, IRPA Working Paper GAL Series n1 1/2013.

BUGA, Irina, “Subsequent Practice and Treaty modification”, en Michael Bowman & Dino Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, 2018, pp. 363-391.

del derecho garantizado (valor regresivo de la práctica subsiguiente), como en ARATO, J., “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation...”, cit. pp. 486-487.

⁸⁰ *Georgia v. Russia (II)* [GC], §§ 92-93, ECHR 2021, tomando la argumentación en realidad de *Hassan* [GC], §§ 100-107, ECHR 2014.

⁸¹ A/66/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo VI, Proyecto de artículos sobre Efectos de los conflictos armados en los tratados, con comentarios*, 2011, pp. 185-233, paras. 89-101, en particular, paras. 47-51 en pp. 225-226.

- CREMA, Luigi, “Subsequent practice in *Hassan v United Kingdom*: When things seem to go wrong in the life of a living instrument”, *Questions of International Law, Zoom-in*, núm. 15, 2015, pp. 3-22.
- DUPUY, Pierre-Marie, “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”, en Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 123-137, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199588916.003.0007>.
- FITZMAURICE, Malgosia, “Subsequent Agreement and Subsequent Practice. Some Reflections on the International Law Commission’s Draft Conclusions”, *International Community Law Review*, 2020, vol. 22, pp. 14-32.
- FITZMAURICE, Malgosia & Merkouris, Panos, *Treaties in Motion: The Evolution of Treaties from Formation to Termination*, Cambridge University Press, 2020, DOI: 10.1017/9781108863407,
- HABTESLASIE, Admas, “Derogation in Time of War: The Application of Article 15 of the ECHR in Extraterritorial Armed Conflicts”, *Judicial Review*, 2016ol. 21, pp. 302-316.
- HAMAMOTO, Yukiya, “Possible Limitations to the Role of Subsequent Agreements and Subsequent Practice - Viewed from Some State Practices”, *International Community Law Review*, 2020, vol. 22, núm. 1, pp. 61-83.
- HARAKAŞ, Işıl, & BAKIRCI, Hasan, “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Evolution of the Court’s Jurisprudence on the Notions of Extraterritorial Jurisdiction and State Responsibility”, en Anne van Aaken & Iulia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, pp. 112-134.
- McGROGAN, David, “On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, vol. 32, núm. 4, pp. 347-378. <https://doi.org/10.1177/016934411403200403>.
- MILANOVIC, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2011.
- MILANOVIC, Marko, “Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict”, en Nehal Bhuta (ed.), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, OUP, 2016, pp. 55-88.
- MILANOVIC, Marko, “Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court”, en Anne van Aaken & Iulia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, OUP, 2018, pp. 97-111.
- MOECKLI, Daniel, & WHITE, Nigel, “Treaties as ‘Living Instruments’”, en Michael Bowman & Dino Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, 2018, Cambridge University Press, pp. 136-171.
- MURPHY, Sean D., “The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties”, en Georg Nolte, *Treaties and subsequent practice*, OUP, 2013, pp. 82-94.

- NOLTE, Georg, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013.
- NOLTE, Georg, “Treaties and Their Practice – Symptoms of Their Rise or Decline”, *RCADI*, 2017, vol. 392, pp. 205-397.
- NOLTE, Georg, “Still Setting the Frame: The Vienna Convention’s Rules on Treaty Interpretation in the Light of the ILC Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 24, 2019, pp. 53-66.
- NOLTE, Georg, “Introductory Note to the Special Issue of ICLR on the Outcome of the ILC Work on ‘subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties’”, *International Community Law Review*, 2020, Vol. 22, núm. 1, pp. 4-13.
- NOVAK, Fabián, “La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, pp. 101-124.
- ROONEY, Jane M., “Extraterritorial Derogation from the European Convention on Human Rights in the UK”, *European Human Rights Law Review*, 2016, pp. 656-663.
- SEIBERT-FOHR, Anja, “The Effect of Subsequent Practice on the European Convention on Human Rights: Considerations from a General International Law Perspective”, en Anne van Aaken & Julia Motoc, *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 61-82.