



# Asamblea General

Distr. limitada  
16 de julio de 2014  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de Derecho Internacional

### 66° período de sesiones

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

## Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones

*Relator:* Sr. Dire D. Tladi

### Capítulo VII

## Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

### Adición

## Índice

*Página*

- C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión .....
- 2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66° período de sesiones (*continuación*) .....

GE.14-08573 (S) 240714 280714



\* 1 4 0 8 5 7 3 \*

Se ruega reciclar



## 2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones (*continuación*)

### Proyecto de conclusión 7

#### Posibles efectos de los acuerdos posteriores y la práctica posterior en la interpretación

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

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

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

### Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 versa sobre los posibles efectos de los acuerdos posteriores y la práctica posterior en la interpretación de un tratado. Su objeto es indicar cómo los acuerdos posteriores y la práctica posterior pueden contribuir a la aclaración del sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos posteriores y la práctica posterior deben considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 1, párrafo 5)<sup>50</sup>. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos posteriores y la práctica posterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en "una sola operación combinada"<sup>51</sup>. La toma en consideración de los acuerdos posteriores y la práctica posterior con arreglo a los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a la aclaración del sentido de un tratado<sup>52</sup> al reducir (precisar) los distintos significados posibles de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse párrs. 4, 6 a 7, 10 y 11 *infra*). Si no, dicha toma en

<sup>50</sup> Comentario del proyecto de conclusión 1, párrafo 5, párrs. 12 a 15 (*Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10, cap. IV.C.2), párr. 39*).

<sup>51</sup> Comentario del proyecto de conclusión 1, párrafo 5, párrs. 12 a 15 (*ibid.*, párr. 39).

<sup>52</sup> La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión: "Se entiende por 'declaración interpretativa' una declaración unilateral [...] hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones" (véase *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10/Add.1), cap. IV.F.2, directriz 1.2*); véase también *ibid.*, el comentario de la directriz 1.2, párr. 18.

consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a cobrar conciencia de la variedad de las posibles interpretaciones a que pueden acudir las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado conceda a estas (véanse los párrafos 12 a 15 *infra*).

3) Los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el "sentido corriente" de los términos del tratado<sup>53</sup>. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)<sup>54</sup>. Si las partes no desean reflejar el sentido corriente de un término, sino un sentido especial, conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a dilucidar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación<sup>55</sup> ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el "sentido corriente" de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo<sup>56</sup>, en la opinión consultiva relativa a las *Armas Nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos "veneno o armas envenenadas" se han interpretado en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se referían a armas nucleares<sup>57</sup>.

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede impedir que se precise el sentido de un término general en solo uno de sus distintos significados posibles<sup>58</sup>. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas [...] usaron todos

<sup>53</sup> Comentario del proyecto de conclusión 1, párrafo 5, págs. 18 y 19, párr. 14 (*ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones (A/68/10), cap. IV.2, párr. 39); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 4, en especial pág. 8.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, en especial pág. 656, párrs. 59 a 61 y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial pág. 34, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

<sup>55</sup> Para más ejemplos, véase "Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 210 a 306.

<sup>56</sup> Véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 803, en especial pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 275, en especial pág. 306, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 4, en especial pág. 9.

<sup>57</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, en especial pág. 248, párr. 55.

<sup>58</sup> *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 15, en especial pág. 25.

los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente. En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión controvertida. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa<sup>59</sup>.

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado<sup>60</sup>.

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos "en el contexto de estos" (artículo 31, párrafo 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado<sup>61</sup>. En la opinión consultiva relativa a la *Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OCMI)*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión "ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes" del artículo 28, apartado a), de la Convención constitutiva de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (Convención de la OCMI). Dado que este concepto de "países que posean las flotas mercantes más importantes" permitía distintas interpretaciones (según el "tonelaje registrado" o según la "titularidad de nacionales") y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28, apartado a), la Corte se basó en la práctica seguida en virtud de otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] lleva a la Corte a considerar improbable que, cuando se redactó e incluyó en la Convención este último artículo [artículo 28, apartado a)], se contemplase la posibilidad de emplear un criterio distinto del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes<sup>62</sup>.

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al "objeto y fin" de un tratado para su interpretación<sup>63</sup>. Los acuerdos ulteriores y la práctica

<sup>59</sup> *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 176, en especial pág. 211.

<sup>60</sup> Véase, mutatis mutandis, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 151, en la que la Corte Internacional de Justicia interpretó el término "gastos" en sentido amplio y el término "acción" en sentido restringido a la luz de la respectiva práctica ulterior de las Naciones Unidas, en especial págs. 158 a 161 ("gastos") y págs. 164 y 165 ("acción").

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 69, en especial pág. 87, párr. 40.

<sup>62</sup> *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 150, en especial pág. 169; véase asimismo págs. 167 a 169; también: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, pág. 59, en especial pág. 99, párr. 141.

<sup>63</sup> Gardiner, *supra* nota 3, págs. 190 y 198.

ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado<sup>64</sup>, o conciliar la invocación del "objeto y fin" de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación Marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*<sup>65</sup> y las *Plataformas petrolíferas*<sup>66</sup>, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, su objetivo no es solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no queda comprendida en el Capítulo VIII de la Carta<sup>67</sup>.

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

11) Por ejemplo, si bien según el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio de Chicago de 1944 no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté en ruta, la práctica de larga data de los Estados consistente en exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere ese permiso<sup>68</sup>. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3), de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que dispone que los medios de transporte de la misión no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra bienes diplomáticos suelen suscitar protestas de los Estados<sup>69</sup>, el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y

<sup>64</sup> *Ibid.*, págs. 191 a 194; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en especial pág. 31, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, en especial pág. 179, párr. 109; R. Higgins "Some observations on the inter-temporal rule in international law", en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarsczyk, ed. (La Haya, Kluwer, 1996), pág. 180; Distefano, *supra* nota 3, págs. 52 a 54; Crema, *supra* nota 33, pág. 21.

<sup>65</sup> *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38, en especial pág. 51, párr. 27.

<sup>66</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 803, en especial pág. 815, párrs. 27 y 30.

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

<sup>68</sup> S. D. Murphy, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, tercera edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pág. 215.

<sup>69</sup> E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, tercera edición (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994), pág. 208, párr. 315.

estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica<sup>70</sup>. Esa práctica sugiere que, si bien las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad ciudadana<sup>71</sup>. De ese modo, el sentido de la expresión "medida de ejecución" y, por lo tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Los acuerdos o la práctica ulteriores no solo pueden contribuir a precisar el sentido de un término al restringir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado, sino que también pueden poner de manifiesto una más amplia variedad de interpretaciones aceptables o cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados (véase *supra* párr. 10))<sup>72</sup>.

13) Un ejemplo concierne al artículo 12 del Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 (Protocolo II), de 1977, que dispone:

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

Aunque el uso del futuro de mandato ("*shall*") da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en toda circunstancia, la práctica ulterior deja entrever que los Estados disponen de cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación<sup>73</sup>. Dado que en los

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/protocol/Protocol\_Guidelines/A21.pdf); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook*, pág. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic\_Handbook.PDF); Reino Unido, véase la declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, véase *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, págs. 312 y 313.

<sup>71</sup> Denza, *supra* nota 69, pág. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, segunda edición (Nomos, 2010), pág. 70.

<sup>72</sup> Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos, véase Gardiner, *supra* nota 3, págs. 30 y 31 y pág. 111, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: "Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado [...]. De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. En principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado [...]. En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido", en especial págs. 515 a 517 (Lord Steyn).

<sup>73</sup> Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann, eds. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, International Committee of the Red Cross and Martinus Nijhoff, 1987), pág. 1440, párrs. 4742 a 4744; H. Spieker, "Medical transportation", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com),

últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el marco de la ISAF<sup>74</sup>.

14) Esta práctica aparentemente indiscutida de los Estados confirma la interpretación del artículo 12 según la cual la obligación general de utilizar el emblema protector<sup>75</sup> no incluye la obligación de utilizarlo en toda circunstancia y, por lo tanto, indica que las partes disponen de un margen de discrecionalidad.

15) Una disposición de un tratado que reconozca a los Estados un margen de discrecionalidad puede suscitar la cuestión de si ese margen está limitado por el objetivo de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados practican esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras violaciones graves del derecho del Estado receptor, o han causado considerable irritación política<sup>76</sup>. Sin embargo, los Estados también formulan esas declaraciones en circunstancias más triviales, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero<sup>77</sup> o cometido repetidas infracciones de la ley<sup>78</sup>, o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas

---

párrs. 7 a 12; véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: "*sera arboré*".

<sup>74</sup> Deutscher Bundestag (Parlamento Federal de Alemania), "Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan", 9 de abril de 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, pág. 2.

<sup>75</sup> Spieker, *supra* nota 73, párr. 12.

<sup>76</sup> Véase Denza, *supra* nota 69, págs. 77 a 88, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véase también Salmon, *supra* nota 69, pág. 484, párr. 630; y Richtsteig, *supra* nota 71, pág. 30.

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

<sup>78</sup> Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, *Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations* ([www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and](http://www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, *Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 de abril de 2005) ([http://www.mfa.gov.tr/06\\_04\\_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa)); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, *Circular dated 19 april 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London*, reproducida en G. Marston, "United Kingdom materials on international law 1985", *British Yearbook of International Law*, vol. 56, N° 1 (1985), pág. 437.

alcohólicas<sup>79</sup>. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o solo por motivos políticos. Los demás Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *personae non gratae* a los miembros de una misión por motivos no relacionados con consideraciones políticas o de naturaleza más grave. Así pues, dicha práctica sugiere que el artículo 9 establece un derecho muy amplio con el correspondiente margen de discrecionalidad<sup>80</sup>.

16) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 concierne a los posibles efectos de "otra práctica ulterior" en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párrafo 3), que no refleje un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado. Esa práctica, como medio de interpretación complementario, puede confirmar la interpretación a que ha llegado el intérprete en la aplicación del artículo 31, o determinar el sentido cuando la interpretación con arreglo al artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. De ese modo, el artículo 32 establece una distinción entre el uso de los trabajos preparatorios o de "otra práctica ulterior" para confirmar el sentido a que se ha llegado en virtud del artículo 31 y su uso para "determinar" ese sentido. Por lo tanto, el artículo 32 no solo es aplicable con carácter subsidiario cuando el sentido de un tratado permanece oscuro, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31<sup>81</sup>.

17) La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el "objeto y fin" del tratado parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas<sup>82</sup>. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que

<sup>79</sup> Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, *Revised Impaired Driving Policy* ([www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d](http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d)); Estados Unidos, Departamento de Estado, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 de septiembre de 2010), [www.state.gov/documents/organization/149985.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), págs. 8 y 9.

<sup>80</sup> Véase G. Hafner, "Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

<sup>81</sup> OMC, Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones audiovisuales*, WT/DS363/AB/R, párr. 403 (2009): "Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la Convención de Viena a los 'servicios de distribución de grabaciones de sonido' le hizo llegar a una 'conclusión preliminar' sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para confirmar ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la Convención de Viena habría sido necesariamente distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de 'Servicios de Distribución de Grabaciones de Sonido', y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para determinar, y no para confirmar, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32"; véase también M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 447, párr. 11.

<sup>82</sup> Véase Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón – AB-1998-4*, informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998 (Organización Mundial del Comercio, documento WT/DS58/AB/R), párr. 17 ("la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico si no más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios"); Gardiner, *supra* nota 3, pág. 195.



las partes en el Tratado de 1890 "trataban al mismo tiempo de asegurarse la libre navegación por el río y delimitar lo más precisamente posible sus respectivas esferas de influencia"<sup>83</sup>. Las partes resuelven de ese modo una posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes como medio de interpretación complementario (en virtud del artículo 32)<sup>84</sup>.

18) Otro ejemplo de "otra práctica ulterior" en virtud del artículo 32 concierne a la expresión "precauciones factibles" del artículo 57 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo I), de 1977. Esa expresión, ha sido aclarada de nuevo por el artículo 3, párrafo 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 10 de octubre de 1980, que dispone que "[s]e entiende por 'precauciones viables' aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares". Este enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de "factibilidad" a los efectos del artículo 57 del Protocolo I de 1977<sup>85</sup>.

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

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

[...] el término "aplicación" que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que "aplicarse"; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar [...]<sup>86</sup>.

21) Los artículos 31, párrafo 3 a), y 39, si se leen conjuntamente, evidencian que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y

<sup>83</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1074, párr. 45.

<sup>84</sup> *Ibid.*, en especial pág. 1078, párr. 55 y pág. 1096, párr. 80.

<sup>85</sup> Por lo que respecta a los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase en Henckaerts y Doswald-Beck, *Practice, supra* nota 30, págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164 y la información actualizada en línea para el manual militar de Australia (2006) ([http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule15\\_sectionc](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)); véase también Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann, *supra* nota 73, pág. 683, párr. 2202.

<sup>86</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Bananos III*, Segundo Recurso al artículo 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párrs. 391 a 393.

enmendar o modificar el tratado<sup>87</sup>. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda (salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa<sup>88</sup>). Al igual que ocurre con los acuerdos conforme al artículo 31, párrafo 3 a), se puede llegar a un acuerdo de conformidad con el artículo 39 por medios más informales, así como limitarse a modificar o suspender las obligaciones dimanantes del tratado solo para uno o más supuestos de la aplicación de este<sup>89</sup>. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (La Argentina c. el Uruguay)*:

Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este "entendimiento" era vinculante para las partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las Partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado<sup>90</sup>.

22) A menudo es difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3 a), que no son necesariamente vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41<sup>91</sup>. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados parecen indicar<sup>92</sup> que los acuerdos informales que pretenden dejar sin efecto obligaciones convencionales deben interpretarse estrictamente. Parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que se puedan estipular en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, sin embargo, que los Estados y los tribunales internacionales generalmente se inclinan a reconocer a los Estados partes mucha libertad en la interpretación de un tratado mediante un acuerdo ulterior. Ese margen de libertad permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento de este margen para la interpretación de un tratado corre parejo con la renuencia de los Estados

<sup>87</sup> Murphy, *supra* nota 68, párr. 88.

<sup>88</sup> A tenor de lo dispuesto en el artículo 39, segunda frase.

<sup>89</sup> Sinclair, *supra* nota 3, párr. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, *supra* nota 5, párr. 207, párrs. 49 a 52; Villiger, *supra* nota 81, pág. 513, párrs. 7, 9 y 11; Odendahl, "Article 39. General rule regarding the amendment of treaties", en *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O Dörr y K. Schmalenbach, eds. (Springer, 2012), pág. 706, en especial párr. 16.

<sup>90</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial págs. 62 y 63, párrs. 128 y 131; la Corte concluyó seguidamente que, en la causa que estaba examinando, esas condiciones no se habían cumplido, en especial págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142.

<sup>91</sup> En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial párr. 29, párr. 60 ("a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración"); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), también puede tener como efecto la modificación de un tratado, Aust, *supra* nota 68, párrs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos.

<sup>92</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial pág. 63, párrs. 131 y 140; Crawford, *supra* nota 35, pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo interlocutorio N° ITL 83-B1-FT (Demanda reconvenzional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), pág. 77, en especial págs. 125 y 126, párr. 132, *ADF Group Inc. v. United States of America* (Case N° ARB(AF)/00/1), ICSID Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, 9 de enero de 2003, págs. 84 y 85, párr. 177 ([www.state.gov/documents/organization/16586.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf)); *ibid.*, Part IV, Chapter C, párrs. 20 y 21; Second Report, *supra* nota 22, págs. 61 a 68, párrs. 146 a 165.

y tribunales a admitir que un acuerdo realmente produzca el efecto de enmendar o modificar un tratado<sup>93</sup>. Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse<sup>94</sup>.

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

Proyecto de artículo 38: Modificación de los tratados por la práctica ulterior

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado<sup>95</sup>.

24) Este proyecto de artículo dio pie a un intenso debate en la Conferencia de Viena<sup>96</sup>. Las enmiendas tendientes a suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que en la Conferencia se rechazara el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado destruida la posibilidad de modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes. La mayoría de los autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no habían deseado tratar esta cuestión en la Convención y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes a tal efecto<sup>97</sup>. Los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales, en cambio, se han abstenido en su mayoría desde la adopción de la Convención de Viena de reconocer esta posibilidad.

25) En la causa relativa a la *Controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, puede llevar a

<sup>93</sup> Cabe que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, *supra* nota 68, pág. 83.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pág. 66, párr. 140; Crawford, *supra* nota 35, párr. 32.

<sup>95</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II, pág. 200.

<sup>96</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, *supra* nota 5, págs. 231 a 237; Segundo Informe, *supra* nota 22, págs. 52 y 53, párrs. 119 a 121; Distefano, *supra* nota 3, págs. 56 a 61.

<sup>97</sup> Sinclair, *supra* nota 3, pág. 138; Gardiner, *supra* nota 3, págs. 243 a 245; Yasseen, *supra* nota 3, págs. 51 y 52; M. Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), págs. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *supra* nota 68, pág. 213; Villiger, *supra* nota 81, pág. 432, párr. 23; Dörr, *supra* nota 4, pág. 555, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, *supra* nota 89, pág. 702, párrs. 10 y 11); Distefano, *supra* nota 3, págs. 62 a 67; H. Thirlway, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three", *British Yearbook of International Law*, vol. 77, N° 1 (2006), pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, sexta edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), pág. 934; I. Buga, "Subsequent practice and treaty modification", en *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman y D. Kritsiotis, eds. (de próxima aparición), en especial nota 65 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, *supra* nota 68, págs. 89 y 90; véase también Hafner, *supra* nota 80, págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

apartarse de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito<sup>98</sup>. No está totalmente claro si con eso la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados ya que la intención "original" de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión ha reconocido en el proyecto de conclusión 3 aprobado provisionalmente que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, "pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo"<sup>99</sup>. Por consiguiente, el alcance de la "interpretación" no viene dado necesariamente por una "intención original" fija, sino que más bien debe determinarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, incluidos ciertos acontecimientos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte Internacional plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), puede contribuir a la "interpretación" y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o modificación de un tratado en la práctica es con frecuencia "difícil, si no imposible, de determinar"<sup>100</sup>.

26) Aparte del pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos*<sup>101</sup>, la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. En particular, es lo que sucedió en las opiniones consultivas relativas a *Namibia* y al *Muro* en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica había llevado a una enmienda o modificación de este<sup>102</sup>. Como esas opiniones conciernen a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los

<sup>98</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, part IV, pág. 231, en especial pág. 256, párr. 62; Yasseen, *supra* nota 3, pág. 51; Kamto, *supra* nota 97, págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Heymann, 1963), pág. 132.

<sup>99</sup> Proyecto de conclusión 3 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10)*, cap. IV.C.1) y comentario a dicho proyecto, párrs. 1) a 18) (*ibid.*, cap. IV.C.2).

<sup>100</sup> Sinclair, *supra* nota 3, pág. 138; Gardiner, *supra* nota 3, pág. 243; Murphy, *supra* nota 68, pág. 90; B. Simma, "Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 46; Karl, *supra* nota 4, págs. 42 y 43; J.-M. Sorel y V. Boré Eveno, "Article 31: Convention of 1969", *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, en O. Corten y P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 825, párr. 42; Dörr, *supra* nota 4, pág. 555, párr. 76; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse "bastante diferentes jurídicamente", véase el voto particular disconforme del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner, *supra* nota 80, pág. 114; Linderfalk, *supra* nota 4, pág. 168.

<sup>101</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 242, párr. 64.

<sup>102</sup> Thirlway, *supra* nota 97, pág. 64.

acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las organizaciones internacionales constituirán el objeto de un informe posterior<sup>103</sup>.

27) Otras causas importantes en las que la Corte Internacional de Justicia ha planteado la cuestión de una posible modificación resultante de la práctica ulterior de las partes son las relativas a los tratados sobre fronteras. Como dijo la Corte en la causa relativa a la *Frontera Terrestre y Marítima entre el Camerún y Nigeria*:

A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho<sup>104</sup>.

28) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que se habían producido manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)<sup>105</sup>. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se adoptara la Convención de Viena y por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena<sup>106</sup>. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era<sup>107</sup>.

29) Por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia, si bien ha aludido a la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero coinciden con la práctica reconocida de las partes<sup>108</sup>. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido

<sup>103</sup> Véase desde ya *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, pág. 132, párr. 238, e *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, anexo A, pág. 430, párr. 42.

<sup>104</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303, en especial pág. 353, párr. 68.

<sup>105</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6, en especial pág. 30: "un acuse de recibo muy claro se desprende indudablemente de la conducta de Tailandia [...] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción"; "no cabe imaginar una afirmación más neta del título de soberanía del lado francoindochino" y, por lo tanto, "exigía una reacción".

<sup>106</sup> M. Kohen, "Uti possidetis, prescription et pratique subséquence à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice", *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pág. 272.

<sup>107</sup> *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (fondo), fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6, en especial pág. 26: "un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908". El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo* demuestra "que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado", *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16 (voto particular disconforme del Magistrado Parra-Aranguren); Buga, *supra* nota 97, en especial nota 113.

<sup>108</sup> En particular, la opinión consultiva sobre Namibia ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, Alain Pellet, Article 38, en *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, A. Zimmermann y otros, ed., segunda edición (Oxford, Oxford University Press), 2012, pág. 844, párr. 279; véase el segundo informe, *supra* nota 22, págs. 53 y 54, párrs. 124 a 126.

calificadas de "excepción aislada"<sup>109</sup> o dictadas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta<sup>110</sup>.

30) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado bien sentado que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que dejaría de ser la "aplicación" de una disposición convencional existente<sup>111</sup>. La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3 párrafo 2, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, según el cual "[l]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

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

que una práctica arraigada entre los Estados Miembros podía dar lugar a una enmienda del Convenio. En tal caso, el Tribunal acepta que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría servir de constatación del acuerdo de los Estados contratantes en abrogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y suprimir, pues, una limitación explícita a las perspectivas de interpretación evolutiva del artículo 3 (*ibid.*, págs. 40 y 41, párr. 103)<sup>112</sup>.

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

[t]odos los Estados Miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo N° 13 y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados que observan la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido enmendado de modo que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal estima que el enunciado de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 2 no impide ya interpretar las palabras "pena o trato inhumano o degradante" del artículo 3 de modo que incluya la pena de muerte (véase *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> M. Kohen, "Keeping subsequent agreements and practice in their right limits", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 43 con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, pág. 83, en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, *Report of International Arbitral Awards*, vol. XX, pág. 1, en especial pág. 56, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal Arbitral sostuvo, en un *obiter dictum*, "que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo si pudiera detectarse una contradicción"; pero véase R. Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, pág. 20.

<sup>110</sup> *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, *Report of International Arbitral Awards*, vol. XVI, pág. 5, en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, *supra* nota 5, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, *supra* nota 68, pág. 89.

<sup>111</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Bananos III*, Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/D/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párrs. 321 a 393.

<sup>112</sup> *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, demanda N° 61498/08, ECHR 2010, párr. 119, mencionada en *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 de mayo de 2005, demanda N° 46221/99, ECHR 2005-IV.

<sup>113</sup> *Ibid.*, párr. 120; B. Malkani, "The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, N° 3 (2013), pág. 523.

33) Los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales permiten llegar a las conclusiones siguientes: el caso de la OMC pone de manifiesto que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Por lo tanto, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en definitiva, la cuestión depende en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales correspondientes<sup>114</sup>.

34) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes "no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico"<sup>115</sup>, consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte prefiere aceptar interpretaciones amplias que pueden extender el sentido corriente de los términos del tratado.

35) Esta conclusión extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sigue la línea de determinadas consideraciones generales que se articularon durante los debates sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena<sup>116</sup>. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración según la cual no se deberían obviar los procedimientos para realizar enmiendas previstos en los tratados recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados<sup>117</sup>. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena acerca de que la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional de los distintos Estados también ha adquirido desde entonces mayor relevancia<sup>118</sup>. Y, si bien la enmienda o modificación de un tratado por la práctica ulterior de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales podría quedar en entredicho en caso de que se reconociera que un medio informal para determinar que hay un acuerdo en forma de una práctica ulterior pudiese modificar fácilmente un tratado<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Buga, *supra* nota 97, en especial notas 126 a 132.

<sup>115</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303, en especial pág. 353, párr. 68.

<sup>116</sup> Segundo informe, *supra* nota 22, págs. 56 y 57, párrs. 119 a 121.

<sup>117</sup> Murphi, *supra* nota 68, pág. 89; Simma, *supra* nota 100, pág. 47; Hafner, *supra* nota 80, págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, "Limits of change by way of subsequent agreements and practice", en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pág. 130.

<sup>118</sup> Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 19 de junio de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html)), párrs. 19 a 21; S. Kadelbach, "Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level", págs. 145 a 148; Álvarez, *supra*, nota 117, pág. 130; I. Wuerth, "Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions", págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, "Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy", págs. 165 y 166, todos en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013).

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, Kohen, *supra* nota 106, pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

36) En conclusión, aunque en el derecho jurisprudencial internacional existen precedentes en apoyo de que, en caso de que el tratado no contenga disposiciones en contrario, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente puede llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales prefieren tratar por todos los medios de considerar una práctica ulterior acordada entre las partes como una tentativa por interpretar el tratado de una manera determinada. Esos intentos por dar a un tratado una interpretación amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena no otorga prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que exige más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes<sup>120</sup>. A este respecto, un elemento importante que hay que tomar en consideración es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional correspondiente<sup>121</sup>.

**Proyecto de conclusión 8**  
**Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación**

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

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

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

**Comentario**

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

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de suerte que versa sobre ambos apartados a) y b) desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión "entre otras cosas" indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en

<sup>120</sup> Proyecto de conclusión 1, párr. 5, y el comentario correspondiente (A/68/10, cap. IV, secc. C.1 y secc. C.2); Hafner, *supra* nota 80, pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de "interpretación" es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, por ejemplo, Gardiner, *supra* nota 3, pág. 243; Dörr, *supra* nota 4, pág. 555, párr. 76.

<sup>121</sup> En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término "comercio" había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva. *Dispute regarding Navigation and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66.



que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica<sup>122</sup>, la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica posteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su especificidad con respecto al tratado correspondiente<sup>123</sup>. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>124</sup>. El laudo dictado por el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el asunto *Plama c. Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y perspicaz de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En el decenio de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...]. Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato NMF pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI<sup>125</sup>.

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias y a veces aproximadas de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados<sup>126</sup>. En este último contexto, conviene tener

<sup>122</sup> En la causa relativa a la *Controversia Marítima (El Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J., fallo de 27 de enero de 2014. Se puede consultar en [www.icj-cij.org/docket/files/1371/17930.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/1371/17930.pdf), pág. 47, párr. 126.

<sup>123</sup> Murphy, *supra* nota 68, párr. 91.

<sup>124</sup> Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo, I.C.J. Reports 1993, pág. 38, en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, laudo de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, parte IV, pág. 231, en especial pág. 259, párr. 74; OMC, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, 1 de octubre de 2008, OMC, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (Upland)*, WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005, párr. 625.

<sup>125</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Chipre/Bulgaria TBI), resolución en materia de competencia, ICSID Case N° ARB/03/24 (ECT) (8 de febrero de 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005) pág. 262, en especial págs. 323 y 324, párr. 195.

<sup>126</sup> Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1990, demanda N° 10843/84, ECHR Series A, N° 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 de abril de 1978, demanda N° 5856/72, ECHR Series A, N° 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, 26 de octubre de 1988, demanda N° 10581/83, ECHR Series A, N° 142, párr. 46.

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

de las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados contratantes [...] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata [...]. Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados Miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] debe considerarse en ese contexto más amplio<sup>127</sup>.

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que "puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida [...]"<sup>128</sup>, pero en última instancia afirmó no estar convencido "de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada"<sup>129</sup>.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 trata solo de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), y especifica que el peso de la práctica ulterior depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga. La fórmula "de que se repita y de la forma en que lo haga" trae a colación el elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición. Indica, por ejemplo, que, según el tratado considerado, algo más de una mera repetición mecánica o irreflexiva de una práctica puede contribuir a su valor interpretativo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b). El elemento temporal y la naturaleza de la repetición también sirven para indicar el "fundamento" de una determinada posición de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Por otra parte, la no aplicación de un acuerdo ulterior también puede dejar entrever su falta de peso como medio de interpretación conforme al artículo 31, párrafo 3 a)<sup>130</sup>.

7) La cuestión de si la "práctica ulterior" a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b)<sup>131</sup>, fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*:

[L]a práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente" de actos o declaraciones que bastan

<sup>127</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 de enero de 2010, demanda N° 25965/04, ECHR 2010, párrs. 273, 274 y 285.

<sup>128</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], 18 de enero de 2001, demanda N° 27238/95, ECHR 2001-I, párr. 93.

<sup>129</sup> *Ibid.*, párr. 94.

<sup>130</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial pág. 63, párr. 131.

<sup>131</sup> Proyecto de conclusión 4, párr. 2 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10)*, cap. IV.C.1).

para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación<sup>132</sup>.

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

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 b), con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*<sup>133</sup>. Otros tribunales internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos<sup>134</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>135</sup>.

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula "concordante, común y coherente" de una publicación<sup>136</sup> en la que se dice que "el valor de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente"<sup>137</sup>. La fórmula "concordante, común y coherente" sirve así de orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica<sup>138</sup>. El

<sup>132</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, secc. E, pág. 16.

<sup>133</sup> *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

<sup>134</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo interlocutorio N° ITL 83-B1-FT (Demanda reconvenicional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Irán-USCTR vol. 38 (2004-2009), pág. 77, en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

<sup>135</sup> *Soering*, *supra* nota 23, párr. 103, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, 23 de marzo de 1995, demanda N° 15318/89, ECHR, Series A, N° 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Bankovic*, *supra* nota 26, párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase O. K. Fauchald, "The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical análisis", *European Journal of International Law*, vol. 19, N° 2 (2008), párr. 345; véase también A. Roberts, "Power and persuasión in investment treaty interpretation: the dual role of States", *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, párrs. 107 a 215.

<sup>136</sup> I. Sinclair, *supra* nota 3, pág. 137; véase también Yasseen, *supra* nota 3, págs. 48 y 49; mientras que el término "*commune*" ha sido tomado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, "*d'une certaine constance*" y "*concordante*" son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.67.V.2), págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y pág. 243, párr. 15.

<sup>137</sup> I. Sinclair, *supra* nota 3, pág. 137; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo interlocutorio N° ITL 83-B1-FT (Demanda reconvenicional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Ira-USCTR, vol. 38 (2004-2009), pág. 77, en especial pág. 118, párr. 114.

<sup>138</sup> *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, parte II, pág. 53, en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot "La conduite subséquente des parties a un traité", *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, págs. 644 a 647 ("*valeur probatoire*"); Distefano, *supra* nota 3, pág. 46; Dörr, *supra* nota 4, pág. 556, párr. 79; véanse también los alegatos orales ante la

propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada<sup>139</sup>.

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula "concordante, común y coherente" puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 b), y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que "el valor de la práctica posterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"<sup>140</sup>. Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación sea tenido en cuenta conforme al artículo 31, párrafo 3 b)<sup>141</sup>.

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

[C]onsideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una "circunstancia" de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32<sup>142</sup>.

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

[e]n primer lugar, el Grupo Especial no examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la

---

Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que se pueden consultar en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf) y CR 2012/36, págs 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponible en [www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf).

<sup>139</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 93.

<sup>140</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15; Cot, *supra* nota 138, pág. 652.

<sup>141</sup> En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véase E. Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 152, 1976, pág. 381, en especial pág. 457; Linderfalk, *supra* nota 4, pág. 166; C. F. Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organizations", *British Yearbook of International Law*, vol. 65, N° 1 (1994), pág. 175, en especial pág. 199; Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo, Villiger, *supra* nota 81, pág. 431, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica "en general" no se puede constatar mediante un solo acto, M. K. Yasseen, *supra* nota 3, pág. 47; I. Sinclair, *supra* nota 3, pág. 137; véase Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), pág. 307, en especial pág. 310.

<sup>142</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 297.

Convención de Viena; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario [...] <sup>143</sup>.

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

Entre ellos figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado [...] <sup>144</sup>.

13) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término "especificidad", se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de "coherencia", y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. "[U]na práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente no puede ser pertinente [al interpretar el sentido de una concesión arancelaria]" <sup>145</sup>.

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

"Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de una de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación" <sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 92.

<sup>144</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 291.

<sup>145</sup> OMC, Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 307; véase también OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/D/R, 5 de junio de 1998, párr. 95.

<sup>146</sup> OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 93.