



Asamblea General

Distr. general
30 de mayo de 2012
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

64° período de sesiones

Ginebra, 7 de mayo a 1 de junio y 2 de julio
a 3 de agosto de 2012

Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario

Nota de Michael Wood, Relator Especial

I. Introducción

A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

1. El Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo discutió la inclusión de un nuevo tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” durante los períodos de sesiones 62° y 63° de la Comisión de Derecho Internacional celebrados en 2010 y 2011 respectivamente¹. La presente nota debe leerse junto con el resumen del tema que se acompaña como anexo A al informe de 2011 de la Comisión (A/66/10), en que figura una extensa lista de materiales básicos. El anexo A comienza señalando que:

Las cuestiones relativas a las fuentes constituyen el núcleo central del derecho internacional. Las actividades en esta esfera figuran entre las más importantes y logradas de la Comisión, pero se han circunscrito en gran parte al derecho de los tratados.

2. En su 63° período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo, sobre la base del resumen que figura en el anexo A (véase A/66/10, párr. 365).

¹ Véase A/66/10, párrs. 32 y 365. El Grupo de Planificación de la Comisión de Derecho Internacional volvió a constituir el Grupo de Trabajo todos los años durante el último quinquenio bajo la presidencia de Enrique Candioti.



3. En 2011, durante el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, en la Sexta Comisión se expresó apoyo por el examen del tema. Se sugirió que el resultado de dicho examen fuera una guía práctica, con comentarios, dirigida a jueces, abogados del gobierno y otros profesionales. Se señaló que la finalidad no debía ser la codificación del tema en sí, y se observó además que sería difícil sistematizar el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario sin socavar la esencia misma de la costumbre, que es flexible y se encuentra en constante evolución. En cuanto a la metodología, se destacó la importancia de distinguir entre la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales, por un lado, y la práctica y la jurisprudencia de los tribunales nacionales, por otro. También se instó a la Comisión a proceder con cautela al examinar la función de los actos unilaterales a los efectos de determinar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/650, párr. 65).

4. En el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, la Asamblea General tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo y de las observaciones formuladas al respecto por los Estados Miembros de la Sexta Comisión.

5. En su 64º período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo actual y nombró al Sr. Michael Wood Relator Especial sobre el tema (véase A/CN.4/SR.3132).

6. En la presente nota se señalan las primeras consideraciones del Relator Especial, en particular en lo que respecta al alcance del tema. También se esboza un programa de trabajo provisional para su estudio, y, de ser posible, su conclusión durante el quinquenio actual (2012-2016).

7. En la sección II de la nota se enumera una lista de cuestiones preliminares que será necesario abordar. En la sección III, el Relator Especial examina el alcance del tema y los posibles resultados que podría tener la labor de la Comisión. En la sección IV se presenta un programa de trabajo provisional.

B. Finalidad de la presente nota

8. Los debates que se llevaron a cabo en el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo en el último quinquenio fueron sumamente útiles para elaborar el resumen del tema que figura en el anexo A del informe de la Comisión a la Asamblea General (A/66/10). La finalidad era que el anexo A reflejara muchas de las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo. Sin embargo, por razones obvias, un gran número de los miembros actuales de la Comisión no participó en esos debates.

9. La presente nota se elaboró para promover un debate inicial y un primer intercambio de opiniones sobre el tema durante la segunda parte del 64º período de sesiones de la Comisión. En vez de presentar un examen detallado, la nota contiene una serie de epígrafes que procuran dar una idea general sobre el tema y proponer un eje (u objetivo) para las deliberaciones de la Comisión en la segunda parte del período de sesiones actual.

10. El principal objetivo del Relator Especial para la segunda parte del período de sesiones actual es conocer las opiniones iniciales de los miembros de la Comisión sobre el alcance del tema, la metodología que se emplearía y la forma en que se presentarían los resultados del examen. El Relator Especial consideraría sumamente útil escuchar las opiniones iniciales de los miembros de la Comisión sobre el tema en general, a la luz de las ideas preliminares que se exponen en las siguientes secciones de la nota. Esas opiniones servirán para elaborar el primer informe (preliminar) con suficiente antelación al 65° período de sesiones de la Comisión de 2013.

II. Cuestiones preliminares

11. Las siguientes cuestiones podrían incluirse en un primer informe preliminar, en 2013.

A. Labor previa de la Comisión en relación con el tema

12. Gran parte de la labor de la Comisión ha tenido que ver con la determinación de las normas que constituyen el derecho internacional consuetudinario, aunque a menudo ha cuidado de distinguir entre la codificación del derecho internacional y su desarrollo progresivo. La Comisión abordó directamente la cuestión de la formación del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, en relación con lo que pasó a ser el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Y en sus primeros años, el tema “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario” figuró en su programa².

B. Labor de la Asociación de Derecho Internacional relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario

13. La labor que la Asociación de Derecho Internacional llevó a cabo entre 1984/85 y 2000 culminó en la aprobación ese último año de los *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law* (con comentario)³. Esa labor, que se plasmó en esos 33 principios y un comentario

² En sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950, la Comisión de Derecho Internacional, de conformidad con el mandato establecido en el artículo 24 de su Estatuto, examinó el tema “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario”. El resultado de esa labor fue un informe influyente que condujo a la aparición de varias publicaciones importantes a nivel nacional e internacional (véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950*, vol. II, documento A/1316, párrs. 24 a 94).

³ Resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional. Véase *International Law Association, Report of the Sixty-ninth Conference, London*, pág. 39. Para el debate en sesión plenaria, véanse las págs. 922 a 926. El *London Statement of Principles* se encuentra en *ibid.*, págs. 712 a 777, y el informe de la reunión de trabajo del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general) celebrada en 2000 figura en *ibid.*, págs. 778 a 790. Los seis informes provisionales del Comité contienen información más detallada.

sobre el tema, recibió tanto opiniones de apoyo como críticas, que pueden examinarse también.

C. El derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional público y su relación con otras fuentes

14. Como antecedente, quizás sea interesante consultar los *travaux préparatoires* del Artículo 38, 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que a menudo se considera ha sido “mal redactado”⁴. La relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados es un aspecto importante del tema, que deberá examinarse detalladamente en un informe posterior. También debería abordarse la relación entre el “derecho internacional consuetudinario” y el “derecho internacional general”, “los principios generales del derecho” y “los principios generales del derecho internacional”. (La expresión “derecho internacional general” se utiliza hoy con frecuencia, aunque parece tener una connotación algo distinta de la de “derecho internacional consuetudinario”.) Es importante distinguir entre las normas de derecho internacional consuetudinario y los meros usos o manifestaciones de cortesía; entre el derecho consuetudinario y el “soft law” y entre la *lex lata* y la *lex ferenda*.

D. Terminología y definiciones

15. Para delimitar el alcance del tema debería discutirse el uso y el significado de los términos “derecho internacional consuetudinario” o “normas del derecho internacional consuetudinario”, que parecen ser las expresiones más utilizadas (también se habla de “derecho consuetudinario internacional”, “costumbre” y “costumbre internacional”). Podría ser útil preparar un breve glosario de los términos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

E. Importancia y papel del derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional

16. Podría ser útil examinar brevemente el derecho internacional consuetudinario “como derecho”, además de las cuestiones que se han planteado ocasionalmente en relación con su función en el ordenamiento jurídico internacional.

F. Teorías sobre la costumbre y criterios para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario

17. La elaboración de una breve descripción de las principales teorías sobre la costumbre, que surgen de la doctrina sobre el tema, podría servir de base para definir los criterios que adopte la Comisión. Los fundamentos teóricos son importantes (por ejemplo, en lo que respecta a las funciones relativas de la práctica

⁴ *Ibid.*, informe final del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), párr. 6.

y la *opinio juris*), aunque el fin último será brindar una orientación práctica a quienes incumba examinar las normas del derecho internacional consuetudinario.

G. Metodología

18. Por el momento, el Relator Especial considera que es probable que las directrices más fiables sobre el tema se encuentren en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales, en particular de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El informe preliminar podría incluir un estudio descriptivo de los criterios sobre el derecho internacional adoptados por los órganos judiciales internacionales, y en particular, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁵. También podría encontrarse orientación en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la labor de codificación que realizan las organizaciones no gubernamentales y la doctrina de los especialistas en derecho internacional público.

19. También será necesario abordar cuestiones generales de metodología, por ejemplo, el peso relativo que se otorgue a las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados en comparación con los razonamientos deductivos. Las dificultades que presenta el tema y las alternativas posibles se encuentran claramente expuestas en la introducción al informe final del Comité de la Asociación de Derecho Internacional⁶. Asimismo, es posible que ciertas consideraciones prácticas incidan en la metodología que se adopte, especialmente si se tiene en cuenta que en el mundo hay casi 200 Estados, aunque ello no constituye en realidad un problema nuevo. Quizás también sea importante considerar la práctica de otras personas de derecho internacional, como las organizaciones internacionales.

III. Alcance del tema y posibles resultados de la labor de la Comisión

20. Desde un punto de vista práctico, es importante definir en una primera etapa el alcance del tema y considerar de qué forma podrían presentarse los resultados. La finalidad de la presente sección de la nota es ayudar a la Comisión a lograr ese objetivo. En el primer párrafo del anexo A del informe de 2011 de la Comisión (A/66/10), se expresó que el título del tema “no impediría a la Comisión examinar aspectos conexos si fuera conveniente, pero su actividad se centraría en la formación (el proceso de elaboración de las normas de derecho internacional consuetudinario) y la documentación (identificación de esas normas)”. El Relator Especial considera que esta opinión describe correctamente el alcance del tema.

21. A fin de evitar duplicaciones innecesarias debe delimitarse claramente el alcance del tema y distinguirlo de otros que han formado o forman parte del

⁵ Véase, más recientemente, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, *Sentencia*, 3 febrero de 2012, párr. 55, en que la Corte hace referencia a “los criterios que ha establecido repetidas veces para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario”.

⁶ Asociación de Derecho Internacional (nota 3 *supra*), Informe final del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), párrs. 1 a 10.

programa de la Comisión, como la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”⁷ y “Los tratados en el tiempo”⁸, lo que no debería resultar difícil en la práctica, dado que es probable que la distinción sea razonablemente clara. Por ejemplo, si bien los efectos de los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario están incluidos en el tema actual, la función que cumple el derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados no lo está.

22. El tema abarcará la totalidad del derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial opina que, dada la unidad del derecho internacional y que el “derecho internacional es un sistema jurídico” (A/61/10, párr. 251 1)), no es ni útil ni conforme a los principios, en lo que respecta a este tema, dividir el derecho en ramas separadas. El mismo criterio básico que se utiliza para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario se aplica con independencia de la rama del derecho de que se trate. La labor que la Comisión lleve a cabo sobre este tema será igualmente pertinente para todas las ramas del derecho internacional, por ejemplo, para las “normas consuetudinarias de derechos humanos”, las “normas humanitarias de derecho internacional consuetudinario” y el “derecho penal internacional consuetudinario”. Sin embargo, debería considerarse si resultaría apropiado, y en qué medida, utilizar distintas técnicas para determinar la existencia de normas específicas de derecho internacional consuetudinario⁹.

23. Una cuestión que se debería considerar es la inclusión en el tema de la aparición de nuevas normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)¹⁰. La opinión actual del Relator Especial es que se trata de una cuestión separada, que no debería tratarse como parte del tema. Por ejemplo, es posible encontrar normas imperativas tanto en tratados como en el derecho internacional consuetudinario¹¹.

24. Los resultados de la labor no deberían consistir en una serie de reglas claras e inamovibles que sirvieran para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario¹². En vez de ello, la finalidad es dilucidar el proceso de formación e identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, mediante orientaciones y práctica. El anexo A (A/66/10, anexo A, párr. 4) proporciona un punto de partida para debatir la finalidad general del examen del tema por la Comisión:

⁷ En cuanto a las conclusiones a las que llegó la Comisión sobre ese tema, véase A/61/10, párr. 251, y A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1.

⁸ Para un resumen de la labor realizada por la Comisión sobre el tema desde 2008 hasta 2011, véase A/66/10, párrs. 333 y 344.

⁹ Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Sentencia, 3 de febrero de 2012, párr. 73 (“a los fines de la presente causa, la práctica de los Estados que resulta más pertinente es la que surge de esas decisiones de los tribunales nacionales ...”).

¹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 64.

¹¹ A la misma conclusión llegó el Comité de la Asociación de Derecho Internacional: véase *International Law Association* (nota 3 *supra*), Informe final del Comité sobre la formación del derecho internacional consuetudinario (general), Introducción, párr. 8.

¹² El Comité de la Asociación de Derecho Internacional se refiere a “una enunciación de las normas y los principios pertinentes, tal como los entiende el Comité. ... ciertas directrices prácticas para aquellos a quienes incumbe aplicar el derecho o asesorar sobre él, así como para los académicos y los estudiantes. Muchos necesitan contar con directrices relativamente concisas y claras sobre una cuestión que a menudo genera considerable perplejidad ...” (*ibid.*, párr. 4).

Lo que se quiere no es codificar “normas” para la formación del derecho internacional consuetudinario, sino ofrecer orientaciones autorizadas a los encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario, incluidos los jueces nacionales o internacionales. Será importante no incurrir en una normatividad excesiva. La flexibilidad sigue siendo un factor esencial para la formación del derecho internacional consuetudinario. Teniendo esto en cuenta, el resultado último de la labor de la Comisión en este ámbito podría adoptar una de varias formas. Una posibilidad sería formular una serie de proposiciones, acompañadas de comentarios.

25. El Relator Especial sugiere que una serie de “conclusiones” con comentarios sería la forma adecuada de presentar los resultados de la labor de la Comisión sobre el tema¹³.

IV. Calendario provisional para el desarrollo del tema

26. La Comisión, en su informe de 2011 a la Asamblea General, estableció de manera muy clara lo que se esperaba de los Relatores Especiales (véase A/66/10, párr. 372) y señaló que, entre otras cosas, se esperaba de ellos que prepararan cada año un informe sustantivo, cuya extensión debía limitarse en lo posible a un máximo de 50 páginas. En cuanto a la labor del Grupo de Planificación, la Comisión señaló que el Grupo “debería colaborar con los relatores especiales y los coordinadores de los grupos de estudio en la tarea de definir, al inicio de cada nuevo tema, un calendario provisional para el desarrollo del tema durante el número de años que sea necesario y revisar periódicamente el logro de los objetivos anuales de ese calendario, actualizándolo cuando proceda” (A/66/10, párr. 378 iii).

27. En el anexo A se sugirió que, por razones de conveniencia, el examen del tema se dividiera en varias etapas, a saber: cuestiones subyacentes y recopilación de materiales; algunas cuestiones centrales referentes a la identificación de la práctica de los Estados y la *opinio juris*; temas particulares; y conclusiones (A/66/10, anexo A, párr. 6). Por lo tanto, se propone el siguiente calendario tentativo para el examen del tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”:

2012: Nota preliminar y debate inicial en la Comisión. La finalidad principal es que el Relator Especial recoja las primeras opiniones de los miembros de la Comisión en lo que respecta al alcance, la metodología y los posibles resultados de la labor sobre el tema, y que se examine la información que se obtenga de los Estados¹⁴.

2013: Primer informe del Relator Especial (sobre cuestiones preliminares, como las mencionadas en la sección II *supra*), y reunión de material nuevo.

¹³ El Comité de la Asociación de Derecho Internacional adoptó un enfoque similar: véase la nota 4 *supra*.

¹⁴ Dicha información podría incluir a) las declaraciones oficiales (por ejemplo, en procedimientos judiciales) relativas a la formación del derecho internacional consuetudinario; b) las causas relevantes de los tribunales nacionales o regionales que arrojen luz sobre la cuestión; c) los documentos o la labor que se esté llevando a cabo en institutos nacionales (además de los mencionados en el anexo A).

2014: Segundo informe del Relator Especial (debate sobre la práctica de los Estados y la *opinio juris*)¹⁵, en que figurarían algunas “conclusiones”.

2015: Tercer informe del Relator Especial (sobre ciertos temas en particular)¹⁶. En este informe también se incluirían nuevas “conclusiones”.

2016: Cuarto informe del Relator Especial: consolidación y reformulación de todas las “conclusiones”, para su examen y aprobación por la Comisión.

¹⁵ En el párrafo 8 del anexo A se sugiere que una segunda etapa consistiría en el examen de algunas cuestiones centrales del enfoque tradicional respecto de la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, y en particular de la práctica de los Estados y la *opinio juris*:

i) Identificación de la práctica del Estado. ¿Qué se entiende por “práctica del Estado”?

Acciones y omisiones, acciones verbales y físicas. ¿Cómo pueden cambiar de posición los Estados respecto de una norma de derecho internacional? Decisiones de las cortes y los tribunales nacionales (y respuesta a las mismas del poder ejecutivo). Más allá del Estado, ¿quién actúa? ¿Algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea? “Representatividad” de la práctica de los Estados (incluida la diversidad regional).

ii) Naturaleza, función e identificación de la *opinio juris sive necessitatis*.

iii) Relación entre los dos elementos, la práctica del Estado y la *opinio juris sive necessitatis*, y sus funciones respectivas en la identificación del derecho internacional consuetudinario.

iv) Manera en que surgen las nuevas normas del derecho internacional consuetudinario; cómo las medidas unilaterales adoptadas por los Estados pueden conducir a la formulación de nuevas normas; criterios para determinar si las desviaciones de una norma consuetudinaria han provocado un cambio en el derecho consuetudinario; papel potencial del silencio/aquiescencia.

v) El papel de los “Estados especialmente afectados”.

vi) El elemento temporal y la densidad de la práctica; derecho internacional consuetudinario “instantáneo”.

vii) Saber si el criterio para identificar una norma de derecho consuetudinario puede variar dependiendo de la naturaleza de la norma o el ámbito al que pertenece.

¹⁶ En el párrafo 9 del anexo A se sugiere que en una tercera etapa podrían examinarse temas particulares, como por ejemplo:

i) La teoría del “objeto persistente”.

ii) Los tratados y la formación del derecho internacional consuetudinario; los tratados como posible testimonio documental del derecho internacional consuetudinario; la “influencia/interdependencia mutua” entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

iii) Las resoluciones de órganos de las organizaciones internacionales, incluida la Asamblea General de las Naciones Unidas, y las conferencias internacionales, y la formación del derecho internacional consuetudinario; su importancia como posible testimonio documental del derecho internacional consuetudinario.

iv) Formación e identificación de normas del derecho internacional consuetudinario especial entre algunos Estados (regional, subregional, local o bilateral —normas “individualizadas” del derecho internacional consuetudinario). ¿Desempeña un papel especial el consentimiento en la formación de las normas especiales del derecho internacional consuetudinario?.