Naciones Unidas A/CN.4/682

Asamblea General

Distr. general
27 de marzo de 2015
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional
67° período de sesiones
Ginebra, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio
a 7 de agosto de 2015

Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

por Michael Wood, Relator Especial*

Índice

Página

I. Introducción . . . 2
II. Relación entre los dos elementos constitutivos . . . 5
III. La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho . . . 10
IV. El papel de los tratados y las resoluciones . . . 16
A. Tratados . . . 18
B. Resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales . . . 35
V. Jurisprudencia y doctrina . . . 46
A. Jurisprudencia . . . 47
B. Doctrina . . . 49
VI. Pertinencia de las organizaciones internacionales . . . 51
VII. La costumbre particular . . . 61
VIII. El objetor persistente . . . 66
IX. Programa de trabajo futuro . . . 75

Anexo

Nuevos proyectos de conclusión propuestos . . . 76

* El Relator Especial desea agradecer a Omri Sender su valiosa colaboración en la preparación del presente informe.

15-04897 (S) 210415 050515

Se ruega reciclar

I. Introducción

1. En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario" en su actual programa de trabajo y celebró un debate inicial sobre la base de una nota preliminar del Relator Especial[1].

2. En 2013, la Comisión celebró un debate general[2] sobre la base del primer informe del Relator Especial[3] y de un memorándum de la Secretaría[4]. La Comisión cambió el título del tema a "Identificación del derecho internacional consuetudinario"[5].

3. Un segundo informe del Relator Especial[6], preparado para el 66° período de sesiones de la Comisión en 2014, se ocupó del enfoque respecto de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario y en él figuraba un examen detallado de las características y del papel de los dos elementos constitutivos y de cómo determinar su concurrencia. En el informe se propusieron 11 proyectos de conclusión divididos en cuatro partes. Tal como se explicó, parecía aconsejable ocuparse en el mismo informe tanto de la práctica como de la aceptación como derecho, dada la estrecha relación entre ambas[7], señalándose que en el tercer informe se propondrían nuevos proyectos de conclusión relativos a estos y otros asuntos.

4. La Comisión celebró un debate sobre el segundo informe del 11 al 18 de julio de 2014[8], en el que se confirmó que los miembros de la Comisión apoyaban de forma general el enfoque basado en "dos elementos". Siguió habiendo un amplio acuerdo de que entre los principales materiales que debieran servir de orientación sobre el tema cabía mencionar las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular de la Corte Internacional de Justicia, y que el resultado debía ser una guía práctica para ayudar a los profesionales en la tarea de identificar el derecho internacional consuetudinario. Se debatió la necesidad de lograr el equilibrio correcto entre los proyectos de conclusión y los comentarios, así como entre la necesidad de que la orientación ofrecida sea clara y la de mantener la flexibilidad inherente de la costumbre como fuente de derecho internacional. Además, se recalcó que hacía falta un mayor análisis y debate sobre algunas cuestiones planteadas en el informe, como la importancia de la inacción y la

---

[1] Véase el documento A/CN.4/653: *Nota sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*.

[2] Véanse las actas resumidas A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185 y 3186 (17, 18, 19, 23, 24 y 25 de julio de 2013); documento A/68/10: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 65° período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)*, párrs. 66 a 107.

[3] Documento A/CN.4/663.

[4] Documento A/CN.4/659: *Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema* (en adelante '*Memorando de la Secretaría*').

[5] Acta resumida A/CN.4/SR.3186 (25 de julio de 2013), págs. 5 y 6.

[6] Documento A/CN.4/672.

[7] *Ibid.*, párr. 10.

[8] Actas resumidas A/CN.4/SR.3222, 3223, 3224, 3225, 3226 y 3227 (11, 15, 16, 17 y 18 de julio de 2014); documento A/69/10: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 66° período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014)*, párrs. 137 a 185.

pertinencia de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario.

5. Tras el debate, los 11 proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe fueron remitidos al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente 8 proyectos de conclusión. El Comité no pudo examinar dos proyectos de conclusión por falta de tiempo, y se omitió un proyecto de conclusión. El 7 de agosto de 2014, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional al pleno sobre la labor relativa a este tema desarrollada por el Comité en 2014[9]. Los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción figuran en un anexo del informe provisional. Tal como señaló el Presidente del Comité, el Comité esperaba presentar oficialmente un conjunto de proyectos de conclusión, incluidos los que figuran en el informe provisional (con las revisiones necesarias, a la luz del presente informe y de las próximas deliberaciones en el pleno y en el Comité de Redacción) para su aprobación por la Comisión en su 67° período de sesiones en 2015.

6. Los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014 se dividen en tres partes: a) introducción; b) enfoque básico; y c) práctica general. Se propone que una cuarta parte, que incluya los proyectos de conclusión del segundo informe que aún no se han debatido, lleve el título "Aceptación como Derecho (*opinio juris*)". En el presente informe se proponen otras dos partes, que se titularán "Formas particulares de práctica y prueba" y "Excepciones a la aplicación general de las normas del derecho internacional consuetudinario".

7. En el debate de la Sexta Comisión celebrado en 2014 se expresó un apoyo general a la preparación de una guía práctica consistente en un conjunto de conclusiones con comentarios que ayudara a los profesionales en la tarea de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. Las delegaciones dieron su pleno apoyo al enfoque de los dos elementos; algunas de ellas añadieron que la opinión según la cual en algunas esferas bastaría con un solo elemento constitutivo para establecer una norma del derecho internacional consuetudinario no se sustentaba ni en la práctica internacional ni en la jurisprudencia. Algunas propusieron examinar la variación del peso respectivo de los dos elementos en ámbitos específicos del derecho internacional. Si bien varias delegaciones reconocieron que al identificar una norma del derecho internacional comunitario lo que se debía tomar en cuenta primordialmente era la práctica de los Estados, otras recalcaron la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en la formación e identificación de las normas consuetudinarias, especialmente en casos en que los Estados Miembros habían traspasado competencias a ellas[10].

8. El presente informe debe leerse conjuntamente con los dos informes previos de 2013 y 2014, con el trabajo realizado por el Comité de Redacción en 2014, y con los debates en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión. En él se procura completar el conjunto de proyectos de conclusión propuestos por el

[9] Acta resumida A/CN.4/SR.3242; la reproducción del texto del informe del Presidente de fecha 7 de agosto de 2014 puede consultarse en http://legal.un.org/ilc/sessions/66/DC_ChairmanStatement%28IdentificationofCustom%29.pdf.

[10] Documento A/CN.4/678: *Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones*, párrs. 52 a 59.

Relator Especial abordando determinados asuntos que no abarcó el segundo informe, y otros respecto a los cuales se había acordado que la Comisión volviera a ocuparse en 2015. Cada una de las secciones en que se divide este informe abarca una esfera específica: en la sección II se aborda con mayor profundidad la relación entre los dos elementos constitutivos; en la sección III figura un estudio más detallado de la inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho; la sección IV trata del papel de los tratados y las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales; en la sección V se aborda la jurisprudencia y la doctrina; en la sección VI se vuelve a la cuestión de la práctica de las organizaciones internacionales; en las secciones VII y VIII se examinan dos cuestiones concretas, a saber la costumbre en particular y el objetor persistente; y en la sección IX se propone el futuro programa de trabajo sobre el tema. Para facilitar la referencia, los proyectos de conclusión propuestos en el presente informe, que deben leerse conjuntamente con los propuestos anteriormente por el Relator Especial y el Comité de Redacción, figuran en un anexo.

9. En su período de sesiones de 2014, la Comisión reiteró su solicitud a los Estados de que:

> "antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre su práctica en relación con la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de prueba para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se recoge en:
>
> a) Declaraciones oficiales ante cámaras legislativas, tribunales y organizaciones internacionales; y
>
> b) Resoluciones de tribunales nacionales, regionales y subregionales"[11].

Además, la Comisión indicó que "agradecería información sobre recopilaciones y estudios de la práctica de los Estados en el campo del derecho internacional"[12].

10. A la fecha de presentación de este informe, además de las contribuciones recibidas en 2014[13] se habían recibido otras seis contribuciones[14]. Se aceptarán de buen grado otras contribuciones en cualquier momento.

11. Varias instituciones han vuelto a organizar reuniones sobre distintos aspectos del asunto, lo que resulta alentador y estimulante. La Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO) está tratando el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, y se tiene entendido que su Grupo Oficioso de Expertos ha examinado el informe de su Relator Especial y aprobado una serie de comentarios para que la Organización Consultiva proceda a su análisis en su período de sesiones de abril de 2015[15]. Además, desde la preparación del segundo informe

---

[11] A/69/10, nota 8 *supra*, en el párr. 29.

[12] *Ibid.*, párr. 30.

[13] La República Federal de Alemania, el Reino de Bélgica, la República de Bostwana, Cuba, la República de El Salvador, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Irlanda, la República Checa y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

[14] La República Federal de Alemania, Austria, Finlandia, la República de Corea, la República Checa y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

[15] Se tiene previsto celebrar el 54° período anual de sesiones de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO) en Beijing del 13 al 17 de abril de 2015, poco tiempo después de la fecha de presentación del presente informe.

ha habido nuevas decisiones de cortes y tribunales, así como doctrina, todo lo cual este informe toma en consideración.

II. Relación entre los dos elementos constitutivos

12. La necesidad de examinar más a fondo la relación entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario fue planteada en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2014[16]. Entre las cuestiones resaltadas a este respecto cabe mencionar el aspecto temporal de los dos elementos, así como la aplicación del enfoque de los dos elementos en diferentes ámbitos del derecho internacional.

13. El derecho internacional consuetudinario, que es una práctica generalmente aceptada como derecho, está formado por ejemplos de comportamiento sumados a la *opinio juris*, y se manifiesta en ellos. Como la Corte Internacional de Justicia ha repetido en numerosas oportunidades, "los actos de que se trata deben constituir una práctica establecida y, además, deben ser de tal naturaleza, o realizarse de tal modo, que pongan de manifiesto el convencimiento de que la práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige su cumplimiento"[17]. Se ha dicho que los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario "no son dos entidades yuxtapuestas, sino tan solo dos aspectos del mismo fenómeno: una determinada acción que se ejecuta o percibe subjetivamente de determinada manera[18].

---

[16] A/69/10, nota 8 *supra*, en el párr. 153; A/CN.4/678, nota 10 *supra*, en el párr. 53.

[17] *North Sea Continental Shelf, Fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 77. Véase también *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Fondo, I.C.J. Reports, 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 109; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening), Fallo, I.C.J. Reports 2012*, pág. 99 y ss., en especial pág. 122, párr. 55.

[18] B. Stern, "Custom at the Heart of International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), págs. 89 y 92. Véase también G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), págs. 81 y 82 ("aunque se reconoce a la *opinio juris* como otro elemento de la costumbre, como cuestión práctica ella solo puede hacerse patente a través de claras manifestaciones de conducta del Estado. En el marco del proceso de elaboración del derecho consuetudinario, las normas de conducta resultantes de la evolución de la práctica de los Estados se aceptan como derecho mediante actos que también forman parte de la práctica en un sentido amplio. Además, los mismos actos y acciones que configuran la práctica pertinente pueden expresar tanto la actitud de los Estados respecto al contenido de la nueva norma de conducta como el reconocimiento de esta norma como jurídicamente vinculante. De ahí que el elemento de la *opinio juris* no pueda separarse enteramente de la práctica"); H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), pág. 62 ("La práctica y la *opinio juris* proporcionan conjuntamente la información necesaria para determinar si existe una norma consuetudinaria, pero la función de cada una – práctica y *opinio* – no se centra exclusivamente en sí misma; ambas se complementan"); W.T. Worster, "The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law", *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), págs. 1, 8 y 9 ("Los elementos objetivos y subjetivos no están separados … no investigamos si una práctica es suficiente y, una vez confirmado esto, pasamos a investigar si los Estados mantienen una *opinio juris*, sino que evaluamos, o deberíamos evaluar, si la práctica es suficiente cuando se hace con *opinio juris*, vale decir que buscamos también una masa crítica de práctica con *opinio juris*").

14. Si bien los dos elementos del derecho internacional consuetudinario son de hecho "realmente inseparables; uno no existe sin el otro"[19], al procurar determinar si ha surgido una regla de derecho internacional consuetudinario es necesario examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado[20]. Para ello se requiere por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento ya que, tal como se explicó en el segundo informe, la propia práctica presuntamente impuesta por el derecho internacional consuetudinario por lo general no demuestra por sí misma que se trate de una aceptación como derecho[21]. "El mero hecho de que esas cosas se hagan no significa que se deban hacer"[22].

15. Al procurar determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, generalmente la prueba de la práctica en cuestión no ha de servir

---

[19] R. Müllerson, "On the Nature and Scope of Customary International Law", *Austrian Review of International & European Law*, 2 (1997), págs. 341, 344 y 345, 346 y 347 (y añade que "como cara y cruz de una misma moneda, [los dos elementos] podrían separarse con fines analíticos pero [] no pueden existir el uno independientemente del otro … la cuestión de si existen normas consuetudinarias sin alguno de los dos elementos – práctica y *opinio juris* – es una cuestión artificial (producto de la imaginación). Siempre hay alguna práctica 'efectiva', de lo contrario sencillamente no se podría hablar de patrones de conducta que puedan ser (o no) jurídicamente vinculantes").

[20] Citando al Sr. Hmoud, "si bien son válidos los argumentos de que los dos elementos se interrelacionan y que en muchos casos la formación y la prueba de los dos elementos pueden combinarse en muchos casos, no deja de ser cierto que a los efectos de la identificación se trata de dos asuntos diferentes" (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)). Véase también A. Pellet, "Article 38", en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª edición (Oxford University Press, 2012), págs. 731 y 813 ("Dividir la definición de la costumbre en dos elementos diferenciados – uno 'material' u 'objetivo', representado por la práctica, y otro 'psicológico', 'intelectual' o 'subjetivo', conocido habitualmente como *opinio juris* … constituye una herramienta sumamente útil para 'descubrir' las normas consuetudinarias"); J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición (Oxford University Press, 2013), pág. 23 ("la existencia de una costumbre … es la conclusión que uno extrae (ya sea asesor jurídico, corte, gobierno, o comentarista) respecto a dos cuestiones conexas: a) ¿existe una práctica general?; b) ¿es ella aceptada como derecho internacional?").

[21] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párrs. 72 a 74.

[22] M.N. Shaw, *International Law*, 7ª edición (Cambridge University Press, 2014), pág. 53. Véase también *North Sea Continental Shelf, Fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 76 ("actuar, o convenir actuar, de determinada manera, no demuestra de por sí nada de carácter jurídico"), y párr. 77 ("aún si estos casos de acción … fueran mucho más numerosos de lo que en realidad son, no alcanzarían por sí solos, aun en su totalidad, a constituir *opinio juris* … La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no alcanza por sí sola"); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial págs. 253 y 254, párrs. 65 y 68; *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Fallo, I.C.J. Reports 2007*, pág. 582 y ss., en especial pág. 615, párr. 90 ("El hecho de que … diversos acuerdos internacionales … hayan establecido regímenes jurídicos especiales que rigen la protección de las inversiones, o que las disposiciones a este respecto se incluyan comúnmente en los contratos suscritos directamente entre Estados e inversores extranjeros, no basta para demostrar que ha habido un cambio en las normas consuetudinarias de la protección diplomática; bien podría demostrar lo contrario); *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, núm. 10, pág. 28; Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, causa penal núm. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 de mayo de 2010, párr. 53 ("Una abundancia de práctica de los Estados no lleva habitualmente aparejada la presunción de que existe *opinio juris*").

también como prueba de la *opinio juris*: esa doble contabilización (referenciación repetida)[23] debe evitarse[24]. Como ha señalado Thirlway, "bien puede haber superposición entre las 'manifestaciones de la práctica' y los 'medios para probar la aceptación' de dicha práctica como derecho; por lo general, ello no significa que determinados actos puedan constituir ambos, ya que ello supondría una vuelta a la teoría del elemento único"[25].

16. El derecho internacional consuetudinario se ha descrito a menudo como una práctica que se convierte en derecho cuando se le incorpora una *opinio juris* concomitante. Sin embargo, cada vez más se reconoce que si bien la práctica efectiva que ejercen los Estados "bien puede constituir [] el factor inicial que se ha de tener en cuenta"[26], no todas las normas del derecho internacional consuetudinario "deben hundir sus raíces en el uso efectivo"[27]. Es decir, que es posible que surja en primer lugar una aceptación de que algo deba constituir derecho (una naciente *opinio juris*) y que esta luego dé lugar a una práctica que lo plasme, produciendo así una norma de derecho internacional consuetudinario[28]. Tal como recalcó el

---

[23] Acta resumida A/CN.4/SR.3223 (15 de julio de 2014) (Sr. Murase).

[24] Véase también A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 74; en el que se dice que "La aplicación de esta norma a una práctica 'no efectiva' también permite garantizar que las declaraciones abstractas no creen, por sí solas, derecho".

[25] H. Thirlway, "Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", *Leiden Journal of International Law*, 28 (2015) (de próxima edición) (y añade que "[la] teoría de los dos elementos implica necesariamente que tiene que haber algo presente que pueda describirse como práctica de los Estados, así como algo que indique, o a partir de lo cual se pueda extraer la conclusión, que los Estados consideran que existe una norma de derecho consuetudinario"). Véase también M.H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", 272 *Recueil des cours* (1998), págs. 155, 206 y 207 ("Sin embargo, lo que debe evitarse es considerar el mismo acto a la vez como ejemplo de elemento subjetivo y de elemento objetivo. Si se acepta la opinión 'dominante' de que es necesario que estén presentes ambos elementos, y en particular que el elemento subjetivo vaya acompañado de una práctica 'efectiva', ello debe necesariamente impedir que una declaración se considere tanto un acto como una manifestación de creencia (o voluntad)"). M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), págs. 136 a 141. Sin embargo, "[c]on bastante frecuencia ambos elementos coinciden; incluso en casos en que se ha proclamado la validez de la distinción teórica entre práctica y *opinio juris*, la Corte [Internacional] los mezcla" (Pellet, nota 20 *supra*, pág. 827); véase A.G. Koroma, "The Application of International Law by the International Court of Justice", *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 4 (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pág. 101.

[26] Shaw, nota 22 *supra*, pág. 54. Véase también P. Tomka, "Custom and the International Court of Justice", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), págs. 195 y 208 (se refiere a la causa *Military and Paramilitary Activities* cuando dice que "[d]etrás de la investigación sobre la *opinio juris* existe, por supuesto, la presunción de que existía práctica suficiente").

[27] Citando a H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (A.W. Sijthoff, 1972), pág. 68.

[28] Por supuesto, la *opinio juris*, en su definición estricta, no puede preceder a la práctica a la que supuestamente debe acompañar: por el contrario, podría opinarse que debería existir una norma (o una opinión equivocada de que existe). Si por ende se observa que la práctica se ajusta a esa opinión, podría ser fácilmente imputable a la misma. En ese sentido la *opinio* puede ser, por así decirlo, antedatada; pero cuando se expresó era solo *opinio*, no *opinio juris*. Véase también K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2ª edición (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), págs. 64 y 65; P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (L.G.D.J., 2009), pág. 262 ("Tradicionalmente, la práctica está en el origen de la *opinio juris.* Es la repetición de los precedentes a lo largo del tiempo lo que hace nacer el sentimiento de obligación. Sin embargo, en ciertos casos, se asiste a una inversión del proceso: la expresión de

representante de Sudáfrica en la Sexta Comisión, para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario "lo que importa es que ambos elementos estén presentes, más que su orden temporal"[29].

17. El enfoque basado en dos elementos, que cuenta con un amplio apoyo en la Comisión y en los Estados en el contexto del actual tema, así como a nivel más amplio en la práctica internacional, la jurisprudencia y la literatura especializada[30], se aplica a la formación e identificación de todas las normas del derecho internacional consuetudinario. A su vez, tal como se señaló en el segundo informe "No obstante, puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diversos campos [del derecho internacional] (o, tal vez más precisamente, con respecto a distintos tipos de normas)"[31]. Ello refleja el carácter inherentemente flexible del derecho internacional consuetudinario y su papel en el ordenamiento jurídico internacional. Por ende, en algunos casos una forma particular (o instancias particulares) de práctica, o pruebas particulares de aceptación como derecho, pueden resultar más pertinentes que otras; además, en la evaluación de los elementos constitutivos debe tomarse en cuenta el contexto en el que ha surgido y se aplicará la supuesta norma[32]. En cualquier caso, no debe

---

una "necesidad de derecho" … está en el origen de una práctica que lleva a la formación de la norma consuetudinaria. A las costumbres "sabias" se oponen la que se ha dado en llamar costumbres "salvajes"); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010), págs. 80 a 85.

[29] Declaración que puede consultarse en línea en el Portal PaperSmart de las Naciones Unidas www.un.org/en/ga/sixth/. Este argumento fue también expuesto en el debate de la Comisión el año pasado por los señores Park, Murase y Nolte (actas resumidas A/CN.4/SR.3223 (15 de julio de 2014), A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)). Véase también A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Clarendon Press, 1986), pág. 180 ("Por supuesto, los dos elementos no deben [ambos] estar presentes desde el inicio").

[30] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párrs. 21 a 27. El Sr. Huang explicó en el debate de la Comisión celebrado en 2014 que el "derecho internacional consuetudinario se podría comparar a un ser humano: la práctica general constituye el cuerpo, y la *opinio juris*, el alma: en otras palabras, ambos elementos son fundamentales" (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)).

[31] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 28. Según el Sr. Šturma, "admitir que en diferentes ámbitos del derecho internacional el peso que se le da a la práctica y el que se le da a la *opinio juris* pueden ser diferentes no supone, a mi juicio, reemplazar la teoría uniforme de la costumbre internacional por teorías sectoriales de la costumbre en el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, etc." (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)); véanse también las declaraciones de los señores Park, Hassouna y Hmoud (actas resumidas A/CN.4/SR.3223 (15 de julio de 2014), A/CN.4/SR.3225 (17 de julio de 2014), y A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)).

[32] Véase también L. Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), págs. 147 y 148 (refiriéndose a la determinación del derecho internacional consuetudinario, observa que "es la operación que consiste en reunir pruebas para demostrar el efecto social de las normas en cuestión. Estas pruebas pueden ser múltiples, y el peso de cada una de ellas podrá variar en situaciones diferentes: tal vez sea necesario un período prolongado, o en otros casos quizás las pruebas actúen de forma sincrónica. En todos los casos se deberían considerar suficientes si permiten evaluar que la norma buscada efectivamente tiene un efecto social sobre la comunidad internacional. En resumidas cuentas, el objeto buscado es único, y existe asimismo un único método a utilizar, pero los caminos que conducen a él pueden ser diferentes: a veces más largo y difícil, a veces más rápido, y otras veces, tal vez, demasiado rápido"); Thirlway, nota 25 *supra* ("Por supuesto es posible aceptar que para establecer una norma consuetudinaria del derecho de los derechos humanos se necesita tanto *opinio juris* como práctica, pero mantener cada elemento,

desvirtuarse el carácter esencial del derecho internacional consuetudinario como práctica general aceptada como derecho[33].

18. Se propone el siguiente proyecto de párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4]:

---

y en particular la práctica, en este dominio especial, puede revestir un carácter diferente del que por lo general se requiere para establecer la costumbre"); *North Sea Continental Shelf, Fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 230 (opinión disidente del Magistrado Lachs) ("Existen ciertas esferas de la actividad estatal y del derecho internacional que por su propia naturaleza muy difícilmente puedan llegar a generar derecho general, pero hay otras, viejas y nuevas, que pueden hacerlo con mayor facilidad"), y en las págs. 175, 176 y 178 (opinión disidente del Magistrado Tanaka) ("Decidir si existen o no esos dos factores en el proceso de formación de una norma jurídica consuetudinaria es una cuestión delicada y difícil. … Cada hecho debe evaluarse de forma relativa, en función de las diferentes ocasiones y circunstancias … La evaluación de los factores debe ser acorde a las circunstancias, y por ende ha de ser elástica; requiere un enfoque teleológico ... En resumen, el proceso de generación de una norma consuetudinaria es de carácter relativo y depende de la rama del derecho de que se trate, como he indicado anteriormente. El factor temporal, principalmente la duración de la costumbre, es relativo; lo mismo puede decirse del factor cuantitativo, es decir, la práctica de los Estados. No se trata solo de que cada factor que da lugar a una norma de derecho consuetudinario se evalúe teniendo en cuenta el caso y las circunstancias, sino que la formación en su conjunto debe considerarse un proceso orgánico y dinámico. No se deben examinar con el máximo formalismo los requisitos necesarios para que exista el derecho consuetudinario y dejar de lado el criterio de la necesidad social, es decir, la importancia de los objetivos y propósitos que aspira a lograr el derecho consuetudinario en cuestión"); K. Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), págs. 1 y 15 ("Por lo que respecta a estas formas y medios para demostrar si ya existe una costumbre, no puede elaborarse una lista completa de orientaciones").

[33] Véase también Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 145 ("El carácter de los dos elementos constitutivos de la costumbre también puede desarrollarse, a condición de que el desarrollo no distorsione el carácter esencial de la costumbre"); H. Waldock, "General Course on Public International Law", 106 *Recueil des cours* (1962), pág. 49 ("El problema esencial en cada caso … consiste en evaluar la coherencia, duración y generalidad de la práctica y sopesarlas en el equilibrio con otros elementos, como las consideraciones políticas, económicas y sociales que motivan la práctica. Para hacerlo, el magistrado o asesor jurídico de un Gobierno recurrirá a su propio conocimiento de los asuntos internacionales y a las actitudes y políticas de los Estados. Pero en última instancia, la prueba consistirá siempre en responder a la siguiente pregunta: "¿la práctica se acepta como derecho?". Esto es especialmente cierto en la comunidad internacional, donde los participantes en la formación de una costumbre son Estados soberanos, que son los que adoptan las decisiones, es decir, los legisladores dentro de la comunidad. El reconocimiento de la práctica como derecho por ellos es, de manera muy directa, la base esencial del derecho consuetudinario"). Las palabras de Simma y Paulus pueden también resultar pertinentes en este contexto: "Al parecer, hasta el momento las fuentes tradicionales de derecho internacional han mostrado suficiente flexibilidad como para hacer frente a estas nuevas situaciones. Aun si no dan respuesta a la búsqueda intelectual de unidad en el sistema jurídico internacional, estas fuentes han superado la prueba del tiempo y han sido ampliamente aceptadas. Mientras no se disponga de procesos jurídicos alternativos que sean universalmente aceptados, sencillamente habrá que seguir recurriendo a los viejos procesos. Y sin embargo, la visión de un derecho internacional más propicio a la realización de valores mundiales sigue siendo compatible con el régimen de las fuentes tradicionales … en la medida que esos valores encuentren 'expresión suficiente en forma jurídica'" (B. Simma, A.L. Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", *American Journal of International Law*, 93 (1999), págs. 302 y 316 (se omitió la cita)).

Proyecto de conclusión 3 [4]

Evaluación de la prueba respecto a los dos elementos

…

2. Cada elemento se ha de determinar por separado. Por lo general, ello hace necesario una evaluación de la prueba específica referente a cada elemento.

III. La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho

19. Tal como se indicó en el segundo informe, la inacción (conocida también como práctica pasiva, abstenerse de actuar, silencio, u omisión) puede ser "central en el desarrollo y la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario"[34]. En vista de las deliberaciones celebradas en 2014, el Relator Especial se comprometió a abordar el tema más a fondo en este informe[35].

20. La inacción es una forma de práctica que (cuando es general y va acompañada de la aceptación como derecho) puede dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario[36]. Entre los ejemplos más conocidos cabe mencionar el abstenerse de ejercer la protección en favor de determinadas personas naturalizadas[37]; abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la

---

[34] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 42. Véase también el Proyecto de conclusión 6 [7], párr.1, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014 (nota 9 *supra*).

[35] A/69/10, nota 8 *supra*, párr. 180.

[36] Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Fondo, Fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial la pág. 99, párr. 188 ("Sin embargo, la Corte tiene que quedar convencida de que existe en el derecho internacional una *opinio juris* sobre el carácter vinculante de esa abstención"); G.I. Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, 49 (1961), págs. 419, 421 ("La costumbre de abstenerse de actuar en determinadas circunstancias puede sin duda dar lugar a la creación de una norma de conducta que puede convertirse en una norma jurídica. Obviamente, todo lo que se dijo antes acerca de los elementos de la repetición, el tiempo y la continuidad se aplica igualmente a la práctica de la abstinencia"); M. Akehurst, "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), págs. 1, 10 ("La práctica de los Estados … puede incluir también omisiones y silencio de parte de los Estados"); G.M. Danilenko, "The Theory of International Customary Law", *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), págs. 9 y 28 ("Abstenerse usual o habitualmente de realizar acciones específicas puede constituir una práctica que dé lugar a una norma que imponga un deber de abstenerse de dichas acciones en situaciones similares, por ejemplo, una práctica que constituya una norma prohibitiva del derecho internacional"); J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I (Cambridge University Press, 2005), págs. xlv-xlvi ("Si la práctica consiste mayormente en la abstención combinada con el silencio, deberá haber alguna indicación de que la abstención se basa en una expectativa legítima de la comunidad internacional a esos efectos"); M. Mendelson, "State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims", en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally* (Pedone, 1991), págs. 373 a 382; Koroma, nota 25 *supra*, pág. 93; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, §102, comentario b ("La inacción puede constituir práctica de los Estados").

[37] *Nottebohm Case (segunda fase), Fallo del 6 de abril de 1955: I.C.J. Reports 1955*, pág. 4 y ss., en especial pág. 22.

integridad territorial o la independencia política de algún Estado[38]; y abstenerse de entablar acciones penales en determinadas circunstancias[39]. Aun más que otras formas de práctica, a veces la inacción puede ser difícil de identificar y calificar; en cualquier caso, al igual que con otras formas de práctica, "la mera prueba de … omisiones que supuestamente constituyen prácticas de los Estados no elimina la necesidad de interpretar esas … omisiones" para tratar de verificar si efectivamente se aceptan como derecho[40]. En los casos en que dicha aceptación no pueda establecerse claramente, la inacción puede calificarse de "omisión ambigua"[41].

21. La inacción puede también servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*), cuando conlleva conformidad con una determinada práctica. A los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario, se trata de una inacción de diferente tipo[42]: básicamente, estamos ante un Estado que tolera la práctica de otro u otros Estados, en circunstancias que ponen de manifiesto que el Estado que opta por no actuar considera que dicha práctica se ajusta al derecho

---

[38] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Fondo, Fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 99, párr. 188.

[39] *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, núm. 10, pág. 28. Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 253, párr. 65 (la Corte se refiere a los proponentes de una prohibición que procure basarse en "una práctica sistemática de no utilización de las armas nucleares por los Estados"); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening), Fallo, I.C.J. Reports 2012*, pág. 99 y ss., en especial pág. 135, párr. 77 ("La casi completa ausencia de jurisprudencia en sentido contrario también es significativa, como lo es la ausencia de declaración por parte de los Estados"); *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 y ss., en especial pág. 134 (opinión separada del Magistrado Petrén, en relación con la práctica del no reconocimiento cuando dice que el término "no implica actos positivos sino la abstención de actos que signifiquen reconocimiento"); *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 221 (opinión disidente de los Magistrados Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Fallo, I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial págs. 198 y 199 (opinión separada del Magistrado Jessup, en que se hace referencia al hecho de que el Departamento de Estado de los Estados Unidos se negara a representar a una compañía estadounidense, y al hecho de que los Estados Unidos no plantearan ciertos argumentos como fundamento para defenderse de una reclamación en una controversia entre Estados).

[40] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 423 (opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen). Irlanda dijo en el Debate de la Sexta Comisión celebrado en 2014 que el "[c]ontexto reviste una particular importancia en la evaluación de la inacción como forma de práctica, y es probable que cumpla allí un papel mayor que en la evaluación de otras formas de práctica" (la declaración puede consultarse en línea en el Portal PaperSmart de las Naciones Unidas, http://www.un.org/en/ga/sixth/).

[41] Thirlway, nota 18 supra, pág. 61.

[42] El Sr. Hmoud dijo al respecto lo siguiente: "[si] bien se reconoce que la inacción puede considerarse una acción negativa, tiene que haber una distinción entre la inacción como conducta, que pertenece al elemento objetivo (práctica), y la inacción como aquiescencia, que corresponde al segundo elemento, que es subjetivo" (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)). Véase también la intervención del Sr. Forteau en el debate de la Comisión en 2014 (acta resumida A/CN.4/SR.3225, 17 de julio de 2014); Danilenko, nota 36 supra, págs. 28 y 29 ("Bajo el epígrafe de práctica "pasiva" o "negativa" puede entenderse una práctica de [dos diferentes tipos]").

internacional[43]. Según la Sala de la Corte Internacional de Justicia en *Gulf of Maine*, dicha aquiescencia "equivale a un reconocimiento tácito manifestado por conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento"[44].

---

[43] Manley O. Hudson, en su calidad de Relator Especial sobre el artículo 24 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, consideró que "el consentimiento general en la práctica por otros Estados" constituía un elemento necesario para el surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario (artículo 24 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional – Documento de Trabajo de Manley O. Hudson, A/CN.4/16 y Add.1, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II (1950), pág. 26)); en otras partes hace referencia a los elementos necesarios del derecho internacional consuetudinario como "la acción concordante y recurrente de numerosos Estados en el ámbito de las relaciones internacionales, la concepción en cada caso que dicha acción era obligatoria desde el punto de vista jurídico, y el hecho de que otros Estados no cuestionaran dicha concepción en ese momento" (M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942* (Macmillan, 1943), pág. 609). Véase, por ejemplo, el Tribunal Especial para el Líbano, Causa núm. CH/AC/2010/02, Decisión en apelación del auto del Juez de Instrucción relativo a la jurisdicción y la legitimación (Sala de Apelaciones), párr. 47 ("La combinación de una serie de decisiones en esta esfera [de las facultades inherentes de las cortes y tribunales], sumada a la aceptación implícita o aquiescencia de todas las entidades internacionales de que se trate, indica claramente la existencia de la práctica y de la *opinio juris* necesarias para sostener que ha surgido una norma consuetudinaria del derecho internacional"); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (Corte Suprema de la Argentina), causa núm. 16.063/94, 2 de noviembre de 1995, párr. 90. Véase también K. Skubiszewski, "Elements of Custom and the Hague Court", *ZaöRV*, 31 (1971), págs. 810, 838 ("La afirmación de un derecho por un Estado, la tolerancia o admisión por otros de que aquel es titular de ese derecho, o el cumplimiento de una obligación, son elementos que acreditan la opinión de los Estados de que se ha pasado de la esfera de los hechos a la del derecho"); Shaw, nota 22 *supra*, pág. 64 ("cuando se ve que hay Estados que consienten la conducta de otros Estados sin protestar en su contra, existe la presunción de que dicha conducta se acepta como legítima"); M. Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 39 ("Si algunos Estados muestran aquiescencia ante las acciones de otros Estados (o ante afirmaciones de que estos tienen derecho a actuar), surge una norma permisiva del derecho internacional; si generan protestas, la legalidad de esas acciones controvertidas es, cuando menos, dudosa"); H. Meijers, "How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules", *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), págs. 3, 4 y 5 ("las personas pasivas se dejan llevar por las activas […] la falta de protesta —la falta de una objeción firme al desarrollo de la nueva norma— basta para la formación de una norma de derecho consuetudinario (y la obligación de cumplirla)"). MacGibbon dice que aquiescencia "… dota al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario de un grado conveniente y mesurado de flexibilidad" (I.C. MacGibbon, "Customary International Law and Aquiescencia", *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), págs. 115 y 145 (sin embargo, aporta una opinión peculiar sobre la relación entre la *opinio juris* y la aquiescencia)).

[44] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Fallo, I.C.J. Reports 1984*, pág. 246 y ss., en especial pág. 305, párr. 130. En el presente contexto, la noción según la cual la inacción se equipara al consentimiento se inspira en los conceptos de aquiescencia y estoppel en el derecho internacional, que son habitualmente aplicables en un contexto bilateral; si bien la analogía pueda no ser exacta, tal vez resulte de utilidad. Véase también I.C. MacGibbon, "The Scope of Aquiescencia in International Law", *British Yearbook of International Law*, 31 (1954), pags. 143 y 145 ("La función de la aquiescencia puede equipararse a la del consentimiento, que el Profesor Smith describió como 'el proceso legislativo del derecho internacional'; constituye un procedimiento para dotar de legalidad a normas que anteriormente estaban en proceso de desarrollo y a derechos que antes se encontraban en proceso de consolidación … su valor reside principalmente en el hecho de que sirve como reconocimiento de la legalidad y de la tolerancia de la ilegalidad, y aporta un criterio objetivo y a la vez práctico"); N.S. Marques Antunes, "Aquiescencia", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 2 ("En el derecho internacional, el término 'acquiescencia' – del latín *quiescere* (estar quieto) – denota

22. Puesto que podría haber varios motivos que expliquen la negativa a actuar o la omisión de hacerlo, por ejemplo por falta de capacidad o de interés directo al respecto[45], no todo caso de inacción supone consentimiento: solo el "silencio calificado"[46], tal como se detalla en los párrafos siguientes, puede interpretarse como consentimiento en la práctica pertinente[47]. La interpretación de la inacción debe hacerse en general "en términos relativos, teniendo en cuenta la secuencia (específica) de datos y la relación entre los Estados de que se trate"[48].

23. En primer lugar, la inacción solo podría ser pertinente a los efectos de establecer consentimiento cuando se requiera una reacción ante la práctica en cuestión: como señaló la Corte Internacional de Justicia en *Malaysia/Singapore*, "la falta de reacción bien puede suponer aquiescencia … vale decir, el silencio puede decirlo todo, pero solo si la conducta del otro Estado hace necesaria una respuesta"[49]. Ello implica que la práctica en cuestión debe ser una que afecte los

---

consentimiento. Se refiere a un consentimiento otorgado tácitamente por un Estado, de forma unilateral, por silencio o inacción, en circunstancias en que se haría necesaria una respuesta que exprese desacuerdo u objeción en relación con la conducta de otro Estado. La aquiescencia es por ende un consentimiento que se infiere de un silencio o de una inacción jurídicamente pertinente").

[45] Por su parte, según el Sr. Kittichaisaree "pueden darse muchas explicaciones plausibles para justificar la falta de protestas ante incumplimientos entre los Estados, aparte de la de creer que la acción es legal", y la Sra. Jacobsson resaltó que "si bien es posible que la inacción pueda servir de prueba de aceptación como derecho, puede también suceder lo contrario: es decir, que la inacción puede no ser interpretada como aceptación" (actas resumidas A/CN.4/SR.3225 y A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014), respectivamente). Véase también Crawford, nota 20 *supra*, pág. 25 ("El silencio puede denotar un acuerdo tácito o sencillamente falta de interés en la cuestión"); Shaw, nota 22 *supra*, pág. 57 ("La omisión de actuar refleja por sí misma las actitudes de un Estado tanto como sus acciones. Además, hace patente el enfoque que adopta el país respecto a su entorno … La omisión de actuar puede derivarse de una obligación jurídica de no actuar, o de la incapacidad o falta de voluntad de hacerlo bajo las circunstancias del caso"). Cf. *North Sea Continental Shelf, Fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 42, párr. 73 ("El hecho de que a veces la no ratificación pueda deberse a factores ajenos a la desaprobación activa de la convención de que se trate rara vez puede servir de fundamento para la aceptación positiva de sus principios: los motivos son de carácter especulativo, pero los hechos siguen siendo los mismos").

[46] M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2ª edición (Kluwer Law International, 1997), pág. 39.

[47] Véase también MacGibbon, nota 44 *supra*, pág. 183 ("Para impedir su aplicación a circunstancias que no la justifican y para asegurar su aceptación cuando corresponda, la doctrina [de la aquiescencia] ha de ajustarse a ciertas salvaguardias necesarias").

[48] Marques Antunes, nota 44 *supra*, párr. 19. Véase también I. Brownlie, "Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom", en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (2004), págs. 313 y 315 ("Una minoría de académicos han dicho que, en el caso del Consejo de Seguridad, la omisión de condenar una acción en particular por un Estado constituye aprobación de la acción de que se trate. Este enfoque es demasiado simplista. Todo depende del contexto y del contenido preciso de las actas de los debates. La omisión de expresar desaprobación de la conducta de un Estado puede obedecer a una serie de motivos políticos y de procedimiento que no están relacionados con la cuestión de la legalidad").

[49] *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Fallo, I.C.J. Reports 2008*, pág. 12 y ss., en especial págs. 50 y 51, párr. 121 (en el contexto de establecer la soberanía). Según la Sra. Escobar Hernández, "la inacción debe evaluarse a la luz de las circunstancias circundantes y con especial consideración a si razonablemente se podría haber esperado que el Estado actuara" (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)). Véase también *North Sea Continental Shelf, Fallo,*

intereses o derechos del Estado que no actúa o se niega a hacerlo[50]; por su parte, se ha dado a entender que "en las esferas de las relaciones que afectan los intereses de toda la humanidad, la existencia de un interés general de todos los Estados puede dar bases suficientes para suponer que la falta de protestas responde a una aquiescencia"[51].

24. En segundo lugar, cuando se recurre a la inacción de un Estado para determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, dicho Estado tiene que haber tenido conocimiento efectivo de la práctica en cuestión, o las

---

I.C.J. Reports 1969, pág. 3 y ss., en especial pág. 130, párr. 31 (opinión separada del Magistrado Ammoun); M. Bos, "The Identification of Custom in International Law", *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), págs. 9 y 37 ("cabe recalcar que no siempre se puede equiparar el silencio con la aquiescencia: no se puede pedir que los Estados vivan con la obligación de una protesta permanente contra todo lo que les disguste. Para que se deriven consecuencias jurídicas, debe haber un buen motivo que requiera alguna forma de acción"); MacGibbon, nota 44 *supra*, pág. 143 ("Por ende, la aquiescencia reviste la forma de silencio o falta de protesta en circunstancias que generalmente exigen una reacción positiva que denote una objeción"). Cabe recordar que el proyecto de conclusión 9 2) del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, aprobada por la Comisión con carácter provisional en 2014, dispone que "El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias exigen alguna reacción" (*Informe de la Comisión 2014*, párrs. 75 y 76).

50 Véase también la intervención de Grecia en el debate celebrado en 2014 por la Sexta Comisión sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional, que puede consultarse en línea en el Portal PaperSmart de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/en/ga/sixth/> ("[Lo] que podría ser pertinente no es cualquier forma de inacción, sino la inacción consciente de un Estado interesado respecto a la práctica en cuestión, a menudo examinada en relación con un acto, propuesta o afirmación de otro Estado que haga necesaria una reacción"); *North Sea Continental Shelf, Fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 229 (opinión disidente del Magistrado Lachs) ("… [Los Estados que] han consentido [una práctica] al afrontar actos legislativos de otros Estados que los afectan"); G.I. Tunkin (L.N. Shestakov, ed., W.E. Butler, ed., trans.), *Theory of International Law* (Wildy, Simmonds & Hill, 2003), pág. 139 ("Por cierto, no todo silencio puede considerarse como consentimiento. En particular en los casos en que la respectiva formación de una norma consuetudinaria no afecta los intereses de un Estado en un determinado momento, su silencio no puede considerarse un reconocimiento tácito de esa norma. Pero cuando una norma en formación afecta los intereses de un Estado en particular, la ausencia de objeciones después de un tiempo suficiente puede, por regla general, considerarse un reconocimiento tácito de dicha norma"); Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 40 ("La omisión de protestar contra una afirmación *in abstracto* acerca del contenido del derecho consuetudinario es menos significativa que la omisión de protestar contra actos concretos realizados por un Estado en un caso específico que tiene una repercusión inmediata en los intereses de otro Estado"); Danilenko, nota 18 *supra*, pág. 108 ("Con arreglo al derecho internacional vigente, la falta de protestas supone aquiescencia solo si la práctica afecta los intereses y derechos de un Estado inactivo … La determinación del cumplimiento de … [este] requisito implica por lo general la evaluación de características específicas de la práctica tomando en cuenta, en particular, la esfera y tema de la regulación. Por regla general, pueden tomarse en cuenta no solo los intereses directos sino también los indirectos"); Skubiszewski, nota 43 *supra*, pág. 846 ("La actitud de mera tolerancia, por ejemplo la falta de protestas ligada a la falta de consentimiento expreso o aquiescencia, es suficiente cuando las reivindicaciones planteadas por los participantes en la práctica no imponen deberes a los no participantes … Pero cuando del derecho reivindicado en la práctica se deriva un deber correlativo, la actitud de los no participantes – a fin de contribuir a la creación de la costumbre – debe ser más explícita. Vale decir, debe consistir en un consentimiento expreso o en una aquiescencia inequívoca").

51 Danilenko, nota *supra* 18, pág. 108.

circunstancias tienen que haber sido tales que se debe haber considerado que el Estado de que se trata tenía dicho conocimiento[52].

25. En tercer lugar, y en lo referente al requisito del conocimiento de la práctica en cuestión, existe la necesidad de que la inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente[53].

26. Se propone que el proyecto de conclusión 11 3) en el segundo informe (que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción) diga lo siguiente:

---

[52] Véase también la *causa Fisheries, Fallo del 18 de diciembre de 1951: I.C.J. Reports 1951*, pág. 116 y ss., en especial págs. 138 y 139; Shaw, nota 22 *supra*, pág. 58 ("la aquiescencia debe basarse en el conocimiento cabal de la [supuesta] norma de que se trate. Cuando la omisión de actuar de alguna forma se relaciona, va acompañada o ha sido influida por la falta de conocimiento de todas las circunstancias pertinentes, entonces no puede interpretarse como aquiescencia"); J.I. Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, 87 (1993), págs. 529 y 536 ("la aceptación puede establecerse por aquiescencia. La aquiescencia de los Estados a menudo no supone un consentimiento a sabiendas y voluntario. Para que la aquiescencia adquiera esa condición, el Estado debe ser consciente del asunto objeto del consentimiento y debe saber que la falta de oposición se interpretará como aceptación. Por ende la aquiescencia, para que surta efectos, ha de equipararse a un consentimiento efectivo, pero un consentimiento expresado por la inacción más que por la acción"); Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 39 ("los actos o reclamaciones de un Estado que otros Estados no tenían por qué conocer tienen muy escaso peso, y no se puede extraer ninguna conclusión del hecho de que no se hayan presentado protestas contra dichos actos o reivindicaciones"); Villiger, nota 46 *supra*, pág. 39 ("Por supuesto, la conducta pasiva solo podría equipararse a un silencio calificado si el Estado sabe de la práctica de otros Estados y de la norma consuetudinaria (en formación)"). En la causa *Gulf of Maine*, el Canadá sostuvo que "[l]a esencia del principio de la aquiescencia es el conocimiento (real o presunto) de un gobierno relativo a la conducta o reivindicación de derechos del otro gobierno en cuestión, y el hecho de que no proteste contra esa conducta o reivindicación de derechos … El conocimiento, sumado al silencio, se interpreta como aceptación tácita" (*I.C.J. Pleadings*, vol. V, 81 y 82). Arangio-Ruiz ha sugerido que "[p]articularmente hoy en día las noticias de toda acción u omisión por parte de un Estado llegan a todo el mundo de forma inmediata y a la velocidad de la luz" (G. Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", en N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), págs. 93 y 100).

[53] Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Fallo, I.C.J. Reports 1984*, pág. 246 y ss., en especial págs. 310 y 311, párr. 151 ("demasiado breve como para haber surtido efectos jurídicos"); *causa Fisheries, Fallo del 18 de diciembre de 1951: I.C.J. Reports 1951*, pág. 116 y ss., en especial pág. 138 ("La tolerancia general de los Estados extranjeros respecto a la práctica noruega es un hecho indiscutible. Durante más de sesenta años, el propio Gobierno del Reino Unido no presentó ninguna objeción al respecto"); Meijers, nota 43 *supra*, págs. 23 y 24 ("todos los Estados que, como consecuencia de su inacción, pudieran llegar a verse obligados por una norma deben disponer del tiempo necesario para evitar su aceptación implícita oponiendo resistencia a ella"); A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), pág. 94 ("La mera tolerancia no es lo mismo que aceptación de la práctica como derecho … Ello tiene consecuencias para la doctrina de la aquiescencia, cuya carga de la prueba es muy elevada y presupone una inacción prolongada y sistemática, acompañada de la conciencia de un cambio legal"); I. Sinclair, "Estoppel and Aquiescencia", en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds,), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), págs. 104 y 120 ("la Corte ha mostrado sabiduría y moderación al requerir en efecto que la conducta que tal vez podría suponer aquiescencia debía mantenerse a lo largo de un cierto período de tiempo").

Proyecto de conclusión 11

Prueba de la aceptación como derecho

…

3. La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias hagan necesaria una reacción.

IV. El papel de los tratados y las resoluciones

27. Existe un amplio reconocimiento de la importancia práctica de la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario de los tratados y de la elaboración de los tratados (en particular la elaboración de tratados multilaterales), así como de las resoluciones de las organizaciones y conferencia internacionales. Gracias al avance en la organización internacional y en la codificación del derecho internacional, el derecho internacional consuetudinario "se caracteriza cada vez más por su estricta relación con los textos escritos"[54]. Según el Magistrado Tomka, "la

[54] T. Treves, "Customary International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 2 (añadiendo, en el párr. 25, que "[l]a intensificación de la práctica en las organizaciones y conferencias internacionales, la adopción de tratados multilaterales y la existencia y actividad de los tribunales internacionales especializados ha contribuido a la aceleración de la formación de normas consuetudinarias en este y otros campos"). Véase también *South West Africa, Second Phase, Fallo, I.C.J. Reports 1966*, pág. 6 y ss., en especial pág. 291 (opinión disidente del Magistrado Tanaka) ("El advenimiento de organizaciones como la Liga de Naciones y las Naciones Unidas, con sus organismos e instituciones afiliadas, que reemplazaron una parte importante del tradicional método individualista de la negociación internacional por el método de la 'diplomacia parlamentaria' (Fallo en las causas de *South West Africa*, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 346), es muy probable que influya en el modo de generación de derecho internacional consuetudinario"); J. Charney, "Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law", en *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), pág. 23 ("Si bien el derecho consuetudinario se sigue creando según las formas tradicionales, en los últimos años el proceso ha venido dando paso cada vez más a un método más estructurado … Los cambios que se producen en el marco del derecho internacional a menudo tienen su origen en propuestas, informes, resoluciones, tratados o protocolos debatidos en dichos foros [multilaterales], u obtienen un importante apoyo de ellos "); J. Barboza, "The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly", en C.A. Armas Barea y otros. (eds.), *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda* (Kluwer Law International, 2000), págs. 1 y 14 ("Hoy por hoy las costumbres suelen ser el fruto de la inyección de textos en el cuerpo de las prácticas existentes"); Danilenko, nota 18 *supra*, págs. 79 y 80 ("El surgimiento, en el marco de conferencias y organizaciones internacionales, de nuevas formas de práctica de los Estados compuestas de reivindicaciones y declaraciones puramente verbales, da lugar a una creciente "formalización" del proceso de creación de derecho consuetudinario. Dicha práctica puede generar un amplio consenso que establezca las directrices de la conducta preferida de los Estados antes del surgimiento de la práctica efectiva, y por ende afecta los cambios posteriores. Ese proceso "negociador" consuetudinario modificado facilita el conocimiento de los elementos de la voluntad consciente dirigida a crear o modificar las obligaciones jurídicas consuetudinarias"); S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2ª edición (West, 2012), pág. 98 ("Una dinámica importante del derecho internacional es la forma en que los tratados forjan y desarrollan el derecho internacional consuetudinario "); Condorelli, nota 32 *supra*, pág. 151 ("Actualmente, la costumbre internacional se percibe cada vez más como '*consuetudo scripta*': vale decir, encontramos una amplia correspondencia entre las normas consuetudinarias generales y las que figuran por escrito en los grandes convenios internacionales de carácter (básicamente) universal"); O. Corten, *Méthologie du droit international public* (Editions de l'Université de

creciente prevalencia de la expresión de opiniones jurídicas por escrito y de forma precisa —a través de tratados, obras de codificación, resoluciones e instrumentos de otra índole— ha repercutido significativamente en la forma en que se interpreta el derecho internacional consuetudinario[55].

28. Dichos textos escritos pueden enunciar normas ya existentes del derecho internacional consuetudinario (codificación de *lex lata*); pueden procurar aclarar o desarrollar el derecho (desarrollo progresivo); o pueden enunciar un nuevo precepto jurídico. Por ende, a menudo la necesidad "no consiste en aclarar la norma de derecho sino en determinar si una norma claramente expresada y adoptada en un instrumento [escrito] corresponde en realidad al derecho consuetudinario[56].

29. Cuando se pretende identificar normas de derecho internacional consuetudinario mediante la consulta de textos escritos como tratados y resoluciones, ha de actuarse con cautela[57]. Como se recalcará a continuación, deberán tenerse en cuenta y sopesarse todas las circunstancias del caso.

Bruxelles, 2009), págs. 161 y 178 ('Les sources documentaires pertinentes en vue de l'établissement d'une règle coutumière').

[55] Tomka, nota 26 *supra*, pág. 196 (se refiere a la forma en que la Corte Internacional identifica el contenido de una norma consuetudinaria y añade, en la pág. 215, que "[e]l panorama del derecho internacional ha cambiado drásticamente desde que la costumbre internacional se definió por primera vez como práctica general aceptada como derecho. Cabe destacar que el contenido del derecho internacional ha venido especificándose cada vez más por medio de la adopción de instrumentos vinculantes y no vinculantes que tienen por objeto codificar las normas del derecho internacional"). Véase también G. Gaja, 364 *Recueil des cours* (2012), págs. 37, 38 y 39 ("En vez de basarse en un análisis pormenorizado de la actitud de los Estados, la Corte [Internacional] suele recurrir a un texto investido de cierta autoridad … En muchos casos el texto en cuestión es un convenio de codificación, incluso si no es aplicable como tratado en la controversia de que se trate … La Corte ha dictado varias decisiones que, a efectos de determinar una norma del derecho consuetudinario, invisten de autoridad a una declaración formulada por la Asamblea General o una conferencia de Estados").

[56] Tomka, nota 26 *supra*, pág. 205 (refiriéndose a los convenios de codificación).

[57] Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y siguientes, en especial págs. 97 y 98, párr. 184 ("El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas normas no basta para que la Corte las considere parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables en carácter de tal a dichos Estados. Al estar obligada por el Artículo 38 de su Estatuto a aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional 'como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho', la Corte no puede desconocer la función esencial que desempeña la práctica general … en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica"); I. Sinclair, "The Impact of the Unratified Codification Convention", en A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), págs. 211 y 220 ("han de tenerse en cuenta complejas consideraciones para determinar si puede considerarse, y en su caso en qué medida, que una nueva norma incluida en una convención de codificación es expresión de una norma existente o emergente de derecho consuetudinario. Tal norma debe analizarse en su contexto y teniendo en cuenta las circunstancias que hayan rodeado su adopción. También debe examinarse a la luz de lo que puede ser una práctica estatal que se está desarrollando rápidamente en el sentido de la nueva norma"); O. Schachter, "Entangled Treaty and Custom", en Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), págs. 717, 721, 730 y 731 ("… con respecto a las normas de los tratados, debe actuarse con cautela. Al evaluarse la prueba de la *opinio juris*, han de valorarse diversos factores. En muchos casos, las actas de las

30. Las subsecciones que siguen tratan de dos formas de textos escritos aprobados por los Estados a los que frecuentemente se recurre para identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. Pueden aplicarse consideraciones similares a otros textos escritos, como los elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, particularmente cuando ellos también hayan sido objeto de acción por parte de los Estados.

A. Tratados

31. El proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 2, tal como ha sido aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, incluye "actos relacionados con los tratados" entre las formas que puede adoptar la práctica de los Estados[58]. El proyecto de conclusión 11 en el segundo informe (que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción) incluye la "práctica de los tratados" entre las formas de prueba de aceptación de una práctica general como derecho[59]. En los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2014 se propuso examinar el papel de los tratados más a fondo en el tercer informe. Si bien la interacción entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario plantea una serie de importantes cuestiones, en el actual contexto lo que nos ocupa es la pertinencia de los tratados y de la elaboración de tratados en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario.

32. La Comisión ha examinado periódicamente la pertinencia de los tratados respecto a la identificación del derecho internacional consuetudinario, tal como se indica en el memorando de la Secretaría[60]. Ya en su informe de 1950 dirigido a la Asamblea General la Comisión señaló que:

> "Un principio o regla de derecho internacional consuetudinario puede estar incluido en un acuerdo bilateral o multilateral de manera que tenga, dentro de los límites establecidos, fuerza contractual para los Estados partes en el acuerdo, mientras tal acuerdo esté en vigor; aun así, continuará siendo obligatorio como principio o regla de derecho internacional consuetudinario para otros Estados. Ocurre con alguna frecuencia que ciertos Estados, en su esfuerzo por determinar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario, se basan en la formulación contractual de una práctica seguida también por otros Estados. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, a los efectos del presente, la Comisión considera apropiado tomar en

---

deliberaciones, las opiniones de expertos, y un pormenorizado análisis de las normas en cuestión permiten concluir que existe una opinión generalizada de que las normas forman parte del derecho consuetudinario, vinculante para todos los Estados. Una importante salvedad es que las conclusiones respecto a la *opinio juris* general no pueden depender tan solo de las opiniones de las mayorías numéricas. Un elemento esencial es que la colectividad de los Estados incluye las opiniones de los Estados especialmente interesados en el asunto tratado y aquellos que poseen la capacidad y la determinación de concretar su convicción relativa a la obligación jurídica de que se trata").

[58] *Informe provisional del Presidente del Comité de Redacción*, 7 de agosto de 2014, anexo; véase también A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 41 h).

[59] A/CN.4/672, nota 6 *supra* , párr. 76 f).

[60] *Secretariat Memorandum*, at para. 23 (footnote 55) and para. 29 (footnote 84).

cuenta parcialmente la disponibilidad de los materiales del derecho internacional consuetudinario para su examen de los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario."[61]

33. Las disposiciones de los tratados no constituyen por sí solas normas del derecho internacional consuetudinario[62], sin embargo, por ser "expresión explícita de la voluntad de los Estados"[63], pueden aportar valiosas pruebas de la existencia (o inexistencia) y del contenido de dichas normas[64]. En particular, las disposiciones

---

[61] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 268, párr. 19.

[62] Véase también A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), pag. 236 ("el apoyo a una norma de un tratado, aunque sea universal, no puede por sí mismo crear un derecho "instantáneo". Dichos tratados normativos solo crean nuevo derecho si se sustentan durante un período de tiempo en una práctica de los Estados coherente y representativa. En ciertos casos, esa práctica puede consistir principalmente en la aquiescencia, o en la ausencia de una práctica incoherente"); R. Bernhardt, "Custom and treaty in the law of the sea", 205 *Recueil des cours* (1987), págs. 265 y 272 ("Creo que al menos hay una cosa que se puede afirmar sin temor a equivocarse: si solo la norma del tratado existe y si no se sustenta en una prueba adicional, ello no alcanza para que surja una norma consuetudinaria. Solo se puede considerar que las disposiciones de un tratado enuncian normas consuetudinarias si se pueden invocar elementos adicionales de la práctica de los Estados que estén respaldados por la *opinio juris*"). Schachter, nota 57 *supra*, pág. 723 ("Por cierto, ni los tribunales ni los juristas apoyan la idea de que un tratado pasa a ser derecho consuetudinario exclusivamente en razón de su concertación o entrada en vigor").

[63] I.F.I. Shihata, "The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument", *Revue égyptienne de droit international*, 22 (1966), págs. 51 y 73.

[64] Véase *KAING Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, fallo en apelación, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párr. 94 ("Cabe reconocer que el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario suelen apoyarse mutuamente y complementarse. Es por eso que el derecho convencional puede servir como prueba del derecho internacional consuetudinario declarando la *opinio juris* de los Estados Partes, o articulando el derecho internacional consuetudinario aplicable que ya se había cristalizado en el momento en que se aprobó el tratado"). Villiger, nota 46 *supra*, pág. 132 ("los textos convencionales pueden – aunque no siempre lo hacen – *aportar prueba de una norma consuetudinaria*. Al igual que los códigos y resoluciones, debido a la independencia de las fuentes dichos textos no constituyen efectivamente la norma consuetudinaria subyacente, cuya existencia depende de otras condiciones de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* y no requieren un fundamento contractual adicional para tener fuerza vinculante, sino que tan solo la reflejan o declaran."); Shihata, nota 63 *supra*, pág. 89 ("De hecho, todos los tratados tienen algún valor probatorio más allá de sus límites contractuales. Este valor difiere en grado de un tratado a otro, pero el ámbito de la diferencia no es tan grande como para privar a un tratado de todo valor probatorio o de constituir por sí mismo una prueba concluyente"); J.I. Charney, "International Agreements and the Development of Customary International Law", *Washington Law Review*, 61 (1986), págs. 971 y 990 ("Las conferencias celebradas para negociar un acuerdo internacional sirven de plataforma para que los Estados den a conocer sus opiniones a fin de producir normas de derecho. Los acuerdos alcanzados en esos foros cambian las percepciones que tienen los países de sus derechos y de sus deberes. Si este proceso no repercutiera en el desarrollo del derecho consuetudinario, parte del derecho quedaría congelado en el tiempo y no reflejaría el movimiento realizado en las negociaciones internacionales. La brecha que se abriría entre el derecho consuetudinario y el derecho convencional podría complicar las relaciones entre los Estados"; I.L. Lukashuk, "Customary Norms in Contemporary International Law", in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), págs. 487 y 499 ("El contenido de los tratados multilaterales y bilaterales representa la prueba concreta más lúcida y fehaciente de la práctica jurídica); A.M. Weisburd, "Customary international Law: The Problem of Treaties", *Vanderbilt*

pueden contener formulaciones relativamente precisas de posibles normas consuetudinarias y reflejar las opiniones de los Estados respecto a su naturaleza (por lo menos al momento en que se celebre el tratado en cuestión)[65]. Por lo tanto, los tratados pueden permitir un examen preliminar de "si ya se había determinado una norma consuetudinaria aplicable al caso antes de considerar necesario examinar la costumbre *de novo*"[66]; por cierto, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que "puede y debe tomarlos en cuenta al determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario"[67].

Journal of Transnational Law, 21 (1988), págs. 1 y 5 ("Los tratados, al igual que las leyes, son documentos jurídicos, con frases más o menos precisas y relativamente accesibles. Cuanto más peso se les dé a ellos en la determinación de las normas del derecho consuetudinario, más fácil resultará formular esas determinaciones). R.R. Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-66), págs. 275 y 278 ("un tratado en el cual es parte un número importante de Estados debe considerarse una prueba extremadamente sólida de derecho. Sin embargo, tal como sucede con toda norma extraída de la práctica de una serie de Estados, la fuerza de la supuesta norma se ve aumentada o disminuida por la ausencia o presencia de prácticas contrarias en otros Estados"); K. Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", en J. Klabbers, R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays In Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), págs. 31 y 36 ("el establecimiento de normas internacionales consuetudinarias es una tarea engorrosa en la que los tratados desempeñan un papel muy importante"; y añade que "[e]l papel probatorio de los tratados se combina estrechamente con su papel en el proceso de formación de la costumbre").

65 Véase también Baxter, nota 64 *supra*, págs. 278 y 297 ("dado que el tratado habla con una voz y no con muchas, resulta una prueba más clara y más directa del estado del derecho que la prueba contradictoria, ambigua y multitemporal que podría acumularse tras un examen de la práctica de cada uno de los Estados (signatarios) ... la estructura del derecho convencional es más persuasiva y fehaciente que una estructura compuesta por elementos diversos y dispersos de la práctica de los Estados"); Schachter, nota 57 *supra*, págs. 721 y 722 ("La accesibilidad del tratado – el hecho de que se trata de normas escritas y ampliamente aceptadas – es un importante factor práctico"); J. Kirchner, "Thoughts About a Methodology of Customary International Law", *Austrian Journal of Public and International Law*, 43 (1992), págs. 215 y 231 ("De cualquier forma, los tratados presentan una reserva para la redacción de una posible norma. Facilitan la tarea de la Corte Internacional de Justicia consistente en redactar las normas consuetudinarias en cuestión. De esa forma se evita la laboriosa tarea de crear normas generales a partir de una secuencia de actos individuales, pudiendo la Corte comparar la práctica de los Estados con el contenido de una norma redactada anteriormente").

66 Tomka, nota 26 *supra*, en la pág. 201 (y añade, en la pág. 206, que "en presencia de una codificación, la Corte deja de extraer normas a partir de ejemplos de la práctica por un proceso de pura inducción, sino que para ello determina si los ejemplos de la práctica respaldan la norma escrita").

67 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 97, párr. 183 (tras haber llegado a la conclusión de que existe una gran superposición entre los tratados en cuestión y el derecho internacional consuetudinario, la Corte señaló que "no debe perder de vista la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos pese a la aplicación de la reserva del tratado multilateral ... la Corte ... puede y debe tenerlas en cuenta al determinar el contenido del derecho internacional consuetudinario"). Véase también *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), fallo, I.C.J. Reports 1985*, pág. 13 y ss., en especial pág. 30 ("no se puede negar que la Convención de 1982 reviste gran importancia, por haber sido adoptada por la mayoría abrumadora de los Estados; por ende, corresponde claramente a la Corte el deber de, independientemente de las referencias que las Partes hacen a la Convención, examinar en qué medida cualquiera de sus disposiciones pertinentes resultan vinculantes para las Partes como norma del derecho internacional consuetudinario").

34. Los textos de los tratados no pueden servir por sí solos como prueba concluyente de la existencia o contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario: cualquiera sea el papel que corresponda al tratado en relación con el derecho internacional consuetudinario (véase a continuación), para que se establezca la existencia en dicho derecho de una norma enunciada en un texto escrito, la norma debe sustentarse en ejemplos de la práctica externa, junto con su aceptación como derecho[68]. Tal como se señala en el fallo de *Continental Shelf (Malta* v. *Libyan Arab Jamahiriya)*, "Es ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en lo que respecta a registrar y definir las normas derivadas de la costumbre, o incluso en el desarrollo de esas normas[69].

35. Hay por lo menos tres maneras en que una disposición de un tratado puede plasmar una norma del derecho internacional consuetudinario o llegar a hacerlo[70] o, en otras palabras, contribuir a determinar la existencia y el contenido de la norma. Así pues, la disposición puede: a) codificar una norma que existe en el momento de la celebración del tratado; b) contribuir a materializar una norma que está en proceso de formación; o c) dar lugar a una práctica general aceptada como derecho, de manera tal que surja una nueva regla de derecho internacional consuetudinario. Si bien cabe señalar que se trata de tres procesos distintos, en determinados casos se pueden superponer.

---

[68] Véase también *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 104 (opinión separada del Magistrado Ammoun) ("La prueba de la formación de la costumbre no se ha de deducir de las declaraciones que figuran en el texto de una convención, sino que se la debe buscar es la práctica de los Estados"); *Nuclear Tests (Australia* v. *France), fallo, I.C.J. Reports 1974*, pág. 253 y ss., en especial pág. 435 (opinión disidente del Magistrado Barwick) ("En circunstancias propicias el derecho convencional limitado a las partes en la convención puede convertirse en derecho consuetudinario. Por su parte, puede suceder que aun un tratado ... ampliamente aceptado no cree o refleje un estado de derecho internacional consuetudinario ...). Shihata, nota 63 *supra*, pág. 90 (un tratado por sí solo y en su entrada en vigencia sin sustento en ninguna práctica anterior no puede por mismo crear una norma general o probar su existencia, aunque puede constituir el primer paso en la formación de esa norma"); Charney, nota 64 *supra*, pág. 996 ("dichas negociaciones sobre [conferencias internacionales] y [acuerdos internacionales] aportan una prueba útil de las nuevas normas del derecho internacional ... [pero] deben examinarse cuidadosamente en el contexto de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*"); Weisburd, nota 64 *supra*, pág. 6 ("los tratados son solo una forma más de práctica de los Estados y [] no se puede responder a las preguntas sobre el contenido del derecho internacional consuetudinario tan solo fijándose en la redacción de los tratados").

[69] *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), fallo, I.C.J. Reports 1985, pág. 13 y ss., en especial págs. 29 y 30, párr. 27. See also Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 98, párr. 184 ("Cuando dos Estados convienen en incorporar una norma particular en un tratado, ese acuerdo alcanza para convertir a esa norma en una norma legal y vinculante para ellos; pero en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica"; Boyle and Chinkin, nota 62 *supra*, pág. 234 (un tratado no 'crea' derecho consuetudinario, pero ... puede codificar el derecho existente y contribuir al proceso por el cual se crea y desarrolla el nuevo derecho consuetudinario").

[70] La determinación de si una disposición de un tratado codifica o desarrolla una norma de derecho internacional dependerá, por supuesto, del momento en que se haga la evaluación.

36. En primer lugar, los tratados pueden codificar las normas preexistentes del derecho internacional consuetudinario[71]. En esas circunstancias, en su "origen o entrada en vigor"[72] los tratados son declaratorios de dichas normas, vale decir, "los autores del tratado determinan normas del derecho internacional consuetudinario existentes al inicio de la redacción del tratado de codificación y dan a esas normas expresión en forma de *jus scriptum*"[73]. Los Estados partes en la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958), por ejemplo, hacen referencia en el preámbulo de la Convención a su deseo de "codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar" y "las disposiciones siguientes como declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional". Por su parte, los autores de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades

---

[71] Los artículos 4, 38 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confirman la posibilidad de normas consuetudinarias y de tratados paralelos. Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia* v. *Serbia)*, fallo del 3 de febrero de 2015, párr. 88 "Cuando un tratado enuncia una obligación que también existe con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la obligación derivada del tratado y la obligación del derecho consuetudinario permanecen separadas y distintas; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, fallo, I.C.J. Reports 1984*, pág. 392 y ss., en especial pág. 424 ("El hecho de que ... [los principios del derecho internacional consuetudinario y general], reconocidos como tales, se hayan codificado o plasmado en convenciones multilaterales no significa que dejen de existir ni de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso en lo referente a los países que son partes en esas convenciones"); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial págs. 94 a 96; pág. 207 (opinión separada del Magistrado Ni); y pág. 302 (opinión disidente del Magistrado Schwebel); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, fallo, I.C.J. Reports 1980*, pág. 3, en especial pág. 24, párr. 45, y págs. 30 y 31, párr. 62; *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, fallo del 27 de agosto de 1952: I.C.J. Reports 1952*, pág. 176 y ss., en especial pág. 220 (opinión disidente de los Magistradoss Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Sir Bengal Rau); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, fallo, I.C.J. Reports 1993*, pág. 38 y ss., en especial pág. 135 (opinión separada del Magistrado Shahabuddeen); Weisburd, nota 64 *supra*, págs. 19 y 20. Para consultar distintas opiniones respecto al efecto de los tratados de codificación sobre las normas consuetudinarias que pretenden plasmar, véase Villiger, nota 46 *supra*, págs. 151 a 154.

[72] *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 45, párr. 81; véase también pág. 242 (opinión disidente del Magistrado Sørensen) ("Ciertas disposiciones convencionales no hacen más que enunciar reglas del derecho internacional que ya han sido generalmente aceptadas en el marco del derecho internacional consuetudinario; no hay duda que las normas que allí se consagran son aplicables a todos los Estados, ya sean o no parte en el tratado").

[73] Y. Dinstein, "The Interaction Between Customary International Law and Treaties", 322 *Recueil des cours* (2006), págs. 243 y 357. Como explica Baxter, "La manera más fácil de determinar que se está en presencia de un tratado declaratorio es por medio de una declaración expresa a tal efecto, incluida normalmente en el preámbulo del instrumento, pero también puede deducirse de los trabajos preparatorios del tratado y de los antecedentes de su redacción": R.R. Baxter, "Treaties and Custom", 129 *Recueil des cours* (1970), págs. 27 y 56. Véase también Wolfke, nota 64 *supra*, pág. 36 ("si un tratado contiene un reconocimiento expreso, o incluso indirecto, de una norma consuetudinaria ya existente, dicho reconocimiento constituye una prueba adicional de la norma consuetudinaria en cuestión"). Weisburd explica acertadamente que "aun en los casos en que este tipo de declaración [que el tratado es declarativo de una costumbre] no sea una descripción exacta del estado del derecho en el momento de la celebración del tratado, equivale a un reconocimiento explícito por las partes en el tratado de que estarían jurídicamente vinculadas por las normas del tratado aunque este no existiera" (A.M. Weisburd, nota 67 *supra*, pág. 23.

Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2004), si bien en el preámbulo de la Convención consideraron que "las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario", expresaron la idea de que una convención internacional "contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito". En otros casos, la noción de codificación también puede quedar implícita en el texto[74].

37. Sin embargo, los tratados que pretenden codificar las normas del derecho internacional consuetudinario "no logran hacerlo por sí solos"[75]. Los convenios de codificación pueden contener (y a menudo contienen) disposiciones que desarrollan el derecho[76] o representan modalidades especiales acordadas por las partes negociadoras, e incluso una disposición única podría ser solo parcialmente declaratoria del derecho internacional consuetudinario[77]. También existe la

---

[74] Como en el caso de la Convención sobre el Genocidio, en la que las Partes "confirman" que el genocidio es un crimen con arreglo al derecho internacional (véase también *Reservations to the Convention on Genocide, opinión consultiva: I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23).

[75] J.K. Gamble, Jr., "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, 16 (1981), págs. 305 y 310. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial págs. 97 y 98, párr. 184 ("El mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de determinadas normas no alcanza para que la Corte las considere parte del derecho internacional consuetudinario y aplicables en carácter de tal a dichos Estados. Al estar obligada por el Artículo 38 de su Estatuto a aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional 'como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho', la Corte no puede desconocer la función esencial que desempeña la práctica general ... en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica"). Murphy, nota 54 *supra*, pág. 99 ("A falta de pruebas que indiquen lo contrario, existe la fundada opinión de que un nuevo tratado no codifica el derecho internacional consuetudinario existente ya que, si lo hiciera, ese tratado no sería necesario"). Danilenko, nota 18 *supra*, pág. 154 ("debe hacerse hincapié en que las convenciones de codificación, incluso aquellas que declaran expresamente ser reflejo del derecho consuetudinario existente, no pueden considerarse nunca pruebas concluyentes del derecho consuetudinario"); A.T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), págs. 115 y 162 ("una de las principales funciones de los tratados consiste en establecer nuevas obligaciones entre los Estados – obligaciones que no existen en virtud del derecho internacional consuetudinario. Cuando se trata de práctica basada en obligaciones derivadas de los tratados, resulta difícil saber si ello refleja la *opinio juris*"). L.B. Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", in A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), págs. 231 y 237 ("un tratado puede representar no el derecho aceptado sino una derogación del mismo entre las partes del tratado").

[76] El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, por ejemplo, hace referencia al "desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta Convención".

[77] Véase también F. Pocar, "To What Extent Is Protocol I Customary International Law?", in A.E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign* (Naval War College, 2002), págs. 337 y 339 ("dado que el proceso de codificación requiere necesariamente una evaluación de la norma consuetudinaria o del principio en cuestión, así como de su definición por escrito, se puede considerar que el texto escrito resultante afecta su alcance y contenido. Por ende, cada precisión o nuevo elemento que pueda haberse añadido – como suele suceder – por la disposición del tratado al principio de derecho consuetudinario al cual codifica debe verificarse

posibilidad de que la afirmación en el texto de un tratado relativa a la condición de derecho internacional consuetudinario sea incorrecta, o que el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado desde que se celebró el tratado[78]. Por ende, es necesario en cada caso verificar si con la disposición de que se trate se procuró efectivamente codificar la costumbre, y si ella refleja el derecho internacional consuetudinario vigente; vale decir, es necesario confirmar que "la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica"[79]. Al hacerlo, es preciso fijarse en las declaraciones y la conducta de los Estados: "la prueba de la práctica de las partes consolidada en el tratado debe ponderarse a la luz de todas las demás pruebas [concordantes y no concordantes] del derecho internacional consuetudinario, de conformidad con el procedimiento empleado normalmente para acreditar la existencia de ese derecho", en particular "la práctica o las declaraciones anteriores del Estado o los Estados en cuestión[80]. Los trabajos preparatorios de la disposición de que se trate pueden indicar si las partes en el tratado consideraron que la disposición era declaratoria del derecho internacional vigente[81], y en qué medida lo era; las declaraciones formuladas con posterioridad al tratado también pueden ser pertinentes[82]. El examen de la práctica al margen del tratado, es decir la de los Estados que no son partes o de los Estados que son partes respecto a los que no lo son, puede revestir particular importancia.

---

cuidadosamente a fin de determinar si se le considera generalmente aplicable. Sin embargo, ha de distinguirse entre la adición de nuevos elementos por disposición del tratado a un principio consuetudinario y las especificaciones derivadas de la implicación necesaria del principio consuetudinario general aceptado").

78 Véase también K. Wolfke, nota 64 *supra*, pág. 35 ("a lo máximo un tratado podría ser una réplica aproximada de una práctica viva, como una fotografía de una persona en vida").

79 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 98, párr. 184.

80 Baxter, nota 73 *supra*, págs. 43 y 44.

81 Véase, por ejemplo, *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 y ss., en especial pág. 47, párr. 94 ("Las normas que contempla la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de la relación convencional a causa de un incumplimiento (aprobadas sin voto disidente) pueden en muchos aspectos considerarse una codificación del derecho consuetudinario vigente en esta materia"). En los casos en que los trabajos preparatorios indican que la disposición pertinente generó una importante oposición o requirió concesiones sustantivas, por ejemplo, ello puede dar a entender que no se trataba de una norma consuetudinaria. Véase también *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 38, párr. 62; Villiger, nota 46 *supra*, págs. 131 y 132 ("si las fases preparatorias muestran incoherencias en la práctica de los Estados, o si los Estados rechazan o denuncian la norma convencional (declaratoria), ello restará argumentos a favor de la norma consuetudinaria").

82 Véase Akehurst, nota 36 *supra*, págs. 49 y 52.

38. En segundo lugar, los tratados (o, para ser más preciso, la celebración de tratados) pueden materializar las normas de derecho internacional consuetudinario que estén surgiendo. Esto sucede cuando el derecho evoluciona "a través de la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la conferencia … resultantes del consenso general que se hace patente" en dicha conferencia[83]. Según el Magistrado Sørensen "Un tratado que pretende crear nuevo derecho puede basarse en una cierta cantidad de práctica de los Estados y opinión doctrinal que aún no se ha convertido en derecho consuetudinario. Puede tener su origen no en una *tabula rasa* sino en una norma consuetudinaria en *statu nascendi*"[84]. Podría entonces plasmar una regla del derecho internacional

---

[83] *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1974*, pág. 3 y ss., en especial pág. 23, párr. 52 ("… después de esa conferencia el derecho evolucionó a través de la práctica de los Estados sobre la base de los debates y casi acuerdos en la conferencia. En los últimos años dos conceptos han adquirido el carácter de derecho consuetudinario a partir del consenso general patente en la conferencia ..."). Véase también *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), fallo, I.C.J. Reports 1982*, pág. 18 y ss., en especial pág. 38, párr. 24; y pág. 170, párr. 23 (opinión disidente del Magistrado Oda) ("Sin embargo, es posible que, antes de que el proyecto de un tratado multilateral entre en vigor y sea vinculante para los Estados Partes de conformidad con su cláusula final, algunas de sus disposiciones habrán pasado a ser derecho internacional consuetudinario a raíz de su práctica repetida por parte de los Estados interesados"); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, I.C.J. Reports 1970*, pág. 3 y ss., en especial pág. 305 (opinión separada del Magistrado Ammoun) ("Los convenios que no contemplan la codificación de las normas existentes igual pueden constituir elementos de una naciente costumbre internacional"); Sohn, nota 75 *supra*, págs. 245 y 246 ("Por ende, la Corte está dispuesta a prestar atención no solo a un texto que haya codificado un derecho consuetudinario preexistente sino también a uno que haya materializado "una regla emergente del derecho internacional". Para ese propósito, alcanza con que la regla en cuestión sea aprobada por consenso en una conferencia internacional o ... sin una voz disidente ... Se crea una nueva regla por aceptación general de todos los Estados interesados ... Si la mayoría de los Estados, incluidos casi todos los Estados que tienen un interés especial en la aplicación de la norma, actúan en consonancia con esta, existe una clara presunción de que la norma convenida en la conferencia, aunque el acuerdo aún no haya sido ratificado, se ha convertido en una norma aceptada del derecho internacional consuetudinario"); Cassese, nota 29 *supra*, pág. 183 ("Una característica interesante de la etapa actual del desarrollo de la comunidad mundial es el hecho de que el derecho internacional consuetudinario se desarrolla al margen, por decirlo así, de las conferencias diplomáticas organizadas para codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional"). E. Jiménez de Aréchaga, "Curso General de Derecho Internacional", 159 *Recueil des Cours* (1978), págs. 16 a 18; *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, con comentarios: resolución 16/2000 (Formation of General Customary International Law), aprobada en Londres el 29 de julio de 2000 en la 69ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (en lo sucesivo '*ILA London Statement of Principles*'), pág. 49 ("si la práctica de los Estados se desarrolla en paralelo con la redacción de un tratado ... esta puede influir a aquella (y viceversa también), de modo que el derecho consuetudinario emergente efectivamente se consolida y logra una definición más precisa. Lo mismo sucede con la etapa final, es decir la aprobación de la convención. Por cierto, cuanto más tiempo tome el proceso de redacción y negociación, mayor será el ámbito en que se materializará la práctica de los Estados"); J.-M. Henckaerts, "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, 87 (2005), págs. 175 y 183 ("En la práctica, la redacción de las normas de un tratado contribuye a focalizar la doctrina jurídica mundial y tiene un efecto innegable sobre la conducta posterior y la convicción jurídica de los Estados").

[84] *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3, en especial pág. 243 (opinión disidente del Magistrado Sørensen) (que añade, en la pág. 244, que "un convenio aprobado en el marco de un proceso combinado de codificación y desarrollo progresivo del derecho

consuetudinario que solo "estaba en *statu nascendi* al inicio del ejercicio de codificación … la costumbre embrionaria [] se materializará [no por la sola redacción del tratado sino] a consecuencia de las reacciones de los gobiernos a las negociaciones y consultas durante la marcha de los trabajos[85]. Un ejemplo importante a este respecto es la elaboración del concepto de la zona económica exclusiva durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982) y su aceptación por los Estados como derecho internacional consuetudinario aun antes de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982 y su entrada en vigor en 1994[86].

39. En tercer lugar, si bien "es un principio del derecho internacional que las partes en un tratado multilateral, independientemente de su número o importancia, no pueden perjudicar los derechos jurídicos de otros Estados"[87], los tratados pueden también servir de base para la elaboración de nuevas normas del derecho internacional consuetudinario[88]. Como observó la Corte Internacional de Justicia, el proceso por el cual una norma de origen convencional pasa a ser parte del derecho

---

internacional bien puede constituir, o llegar a constituir, la prueba decisiva de las nuevas normas del derecho internacional generalmente aceptadas. El hecho de que no pretenda solamente ser declaratoria del derecho consuetudinario vigente no reviste importancia en este contexto. El convenio puede servir como guía fidedigna para la práctica de los Estados que afrontan los nuevos problemas jurídicos pertinentes, y por ende sus disposiciones pasan a ser el núcleo alrededor del cual pueden llegar a materializarse normas jurídicas generalmente reconocidas").

[85] Dinstein, nota 73 *supra*, pág. 358 (explica que "[l]a situación es tal que, antes del inicio de la labor dirigida a celebrar tratados, la costumbre ha venido floreciendo pero aún no ha alcanzado su máxima expresión. Las negociaciones y consultas en marcha contribuyen a la aceleración de la práctica de los Estados – si era lenta en el pasado, ahora avanza con rapidez –, así como a asegurar una *opinio juris* generalizada. Luego el tratado plasma en derecho positivo esa costumbre que ya se había materializado … La clave para que se materialice con éxito es que en el curso de la formulación de un tratado haya cuajado una nueva *lex lata* consuetudinaria").

[86] *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), fallo, I. C.J. Reports 1985,* pág. 13 y ss., en especial pág. 33, párr. 34 ("en opinión de la Corte es indiscutible que ... la práctica de los Estados muestra que la institución de la zona económica exclusiva, que concede derechos en razón de la distancia, ha pasado a ser parte del derecho consuetudinario"). Para la elaboración del concepto de zona económica exclusiva véase, por ejemplo, Y. Tanaka, *the International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2012), págs. 124 y 125.

[87] *International status of South-West Africa, opinión consultiva: I.C.J. Reports 1950*, pág. 128 y ss., en especial pág. 165 (opinión separada del Magistrado Read). Véase también *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland), fondo, fallo, I.C.J. Reports 1974*, pág. 3 y ss., en especial pág. 90 (opinión separada del Magistrado De Castro) ("La existencia de una tendencia mayoritaria, e incluso su aceptación en una convención internacional, no significa que a raíz de la convención la norma se haya materializado o canonizado como normal del derecho consuetudinario") *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 34.

[88] El artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, se titula "Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional" (y dispone lo siguiente: "Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 [relativo a tratados y terceros Estados] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal". El artículo 38 de la Convención de Viena de 1986 se expresa en términos similares: "Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado o una tercera organización como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal". Con respecto al artículo 38 de la Convención de Viena, véase G. Gaja, "Article 38" in O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2ª edición (Oxford University Press, 2011), a págs. 949 y 960.

internacional general "es perfectamente posible y ocurre de vez en cuando: constituye por cierto uno de los métodos reconocidos por el cual se forman nuevas normas del derecho internacional consuetudinario"[89]. Para determinar si ha tenido

[89] *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 41, párr. 71; véase también pág. 96 (opinión separada del Magistrado Padilla Nervo) ("Un tratado no crea ni derechos ni obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento, pero las normas enunciadas en un tratado pueden llegar a ser vinculantes para un Estado que no es parte en tanto que normas consuetudinarias"); en pág. 225 (opinión disidente del Magistrado Lachs) ("Se reconoce generalmente que las disposiciones de los instrumentos internacionales pueden adquirir el carácter de normas generales del derecho internacional. Aun los tratados no ratificados pueden constituir el punto de partida de una práctica jurídica. Los tratados que obligan a un gran número de países son, con mayor razón, capaces de producir este efecto, fenómeno que no resulta desconocido en las relaciones internacionales "); y en la pág. 241 (opinión disidente del Magistrado Sørensen) ("Se reconoce generalmente que las normas enunciadas en un tratado o convención pueden obligar a un Estado no contratante en tanto que normas consuetudinarias del derecho internacional o normas que de otra forma han sido aceptadas generalmente como normas internacionales jurídicamente vinculantes). Véase también Tribunal Especial para el Líbano, Causa núm. STL-11-01/I, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging* (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párrs. 107 a 109; *Prosecutor* v. *Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párrs. 301 a 306 (en que se señala que "esta formulación [de una disposición de un tratado que pasa a formar parte del derecho internacional consuetudinario] constituye un ejemplo del carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario, que es su punto fuerte"); *Prosecutor* v. *Kallon* (Corte Especial de la Sala de Apelaciones de Sierra Leona), Causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), Decisión sobre la impugnación de la competencia: Acuerdo de Lomé sobre amnistía, 13 de marzo de 2004, párr. 82; *Prosecutor* v. *Tadić*, Causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párr. 98 ("… la interrelación entre estos dos conjuntos de normas es tal que algunas normas convencionales se han ido incorporando gradualmente al derecho consuetudinario"); *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, ITLOS Reports 2011*, pág. 10, párr. 135 ("La Sala observa que el criterio de precaución ha sido incorporado a un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos, muchos de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río. En opinión de la Sala, ello ha dado lugar a una tendencia a incorporar este criterio al derecho internacional consuetudinario"); *Prosecutor* v. *Furundžija*, Causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 10 de diciembre de 1998, párrs. 138 y 168 "El hecho de que estas cláusulas de tratados [que prohíben la tortura] se hayan convertido en normas consuetudinarias obedece a diversos factores. En primer lugar, esos tratados ... han sido ratificados por prácticamente todos los Estados del mundo ... la participación prácticamente universal en esos tratados demuestra que todos los Estados aceptan, entre otras cosas, la prohibición de la tortura ... En segundo lugar, nunca ningún Estado ha sostenido que está autorizado a practicar la tortura en tiempos de conflicto armado, ni ningún Estado ha mostrado ni manifestado oposición a la aplicación de las disposiciones de los tratados contra la tortura ... En tercer lugar, la Corte Internacional de Justicia ha confirmado fehacientemente, aunque no con expresa referencia a la tortura, este proceso de formación de la costumbre); *Domingues* v. *United States*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 62/02, Caso 12.285 (2002), párr. 104 ("Puede entenderse que las normas de un tratado cristalizan nuevos principios o normas del derecho consuetudinario. También es posible que se forme una nueva norma del derecho internacional consuetudinario, incluso en un breve período de tiempo, sobre la base de lo que originalmente era una norma puramente convencional, siempre que estén presentes los elementos para establecer la costumbre"). *Camuzzi International S.A.* v. *The Argentine Republic* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de mayo de 2005), párr.144 ("el

éxito este "mecanismo de expansión"[90], por el cual la aplicación de las reglas enunciadas en las disposiciones de los tratados puede ampliarse a Estados que no son partes, "ha de seguirse un criterio riguroso"[91]. Requiere, en primer lugar, "que la disposición de que se trate… tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho"[92]. Por ejemplo, es poco probable que entre esas

---

derecho internacional no impide que la expresión de la voluntad de los Estados por medio de los tratados sea al mismo tiempo una expresión de la práctica y de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una norma consuetudinaria, si se cumplen las condiciones"); *van Anraat* v. *The Netherlands*, Demanda núm. 65389/09, Decisión sobre la Admisibilidad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 6 de julio de 2010, párr. 88 ("Como señaló la Corte Internacional de Justicia ... es posible que una disposición de un tratado se convierta en norma de derecho internacional consuetudinario. Para ello, es necesario que la disposición del caso, por lo menos potencialmente, tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho; debe existir una práctica correspondiente de los Estados bien arraigada; y debe haber pruebas de la creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria a raíz de la existencia de la norma jurídica que así lo exige (*opinio juris sive necessitatis*). Al respecto, véase también Barboza, nota 54 *supra*, pág. 12 ("En nuestra opinión, no obstante, sería prácticamente imposible que una costumbre se originara en un texto. Por más nueva que sea una determinada esfera del derecho, esta tiene que haber sido precedida por algunas actividades, y esas actividades seguramente deben haber dado lugar a prácticas forjadas por la necesidad y principios aplicados por analogía. De no haber habido *ninguna actividad*, resulta difícil concebir que un tratado se ocupe de un tema ...").

[90] Barboza, nota 54 *supra*, pág. 12 (refiriéndose a una "comunidad jurídica pionera" de los Estados, que al redactar una convención desempeñan "un papel de pioneros en el proceso 'legislativo'" y cuya repercución en las relaciones internacionales [debido a la participación, por lo general, de algunas de las Potencias mundiales y de la mayoría de los Estados que se ven especialmente afectados por el asunto pertinente de la convención, brindan un importante impulso a la invitación de la comunidad a incorporarse a ella").

[91] *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 41, párr. 71. Véase también *Mondev International Ltd* v. *United States of America* (CIADI, Laudo, 11 de octubre de 2002), párr. 111 ("A menudo resulta difícil en la práctica internacional establecer en qué punto las obligaciones aceptadas en tratados, ya sean multilaterales o bilaterales, llegan a condicionar el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario vinculante para los Estados que no son partes en esos tratados"); S.M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98 (2004), págs. 27 y 29 ("El proceso por el cual las disposiciones de los tratados vinculantes solo para las partes en ellos pueden filtrarse al derecho internacional general y por ende obligar al conjunto de la comunidad internacional es sutil e inaprensible"). P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, 77 (1983), págs. 413, 433 y 438.

[92] *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial págs. 41 y 42, párr. 72. Véase también P.-H. Verdier, E. Voeten, "Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory", *American Journal of International Law*, 108 (2014), pags. 389 y 426 (donde sugiere que el criterio de 'carácter creador de normas' "al parecer requiere que la norma se articule en términos generales, para poder llegar a ser vinculante universalmente"); Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 84 ("debe ser de un tipo que pueda servir de regla general"); C. Brölmann, 'Law-Making Treaties: Form and Function in International Law', *Nordic Journal of International Law*, 74 (2005), 383, 384; B.B. Jia, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), págs. 81 y 92 (donde sugiere que "fundamentalmente la creación de normas" es "una ambiciosa tarea que solo se puede lograr por medio de tratados multilaterales"); Villiger, nota 46 *supra*, págs. 177 y 179 ("Puede definirse a las normas generales como aquellas que pretenden regular *pro futuro*, respecto a un número potencialmente ilimitado y general de temas, más que a temas individualizados ... Otro criterio ... es que las normas convencionales para "la creación del derecho" también tienen carácter abstracto, es decir potencialmente regulatorio de un número

disposiciones se encuentren aquellas que fijan un papel para las instituciones que establece el tratado[93]. Se requiere además que "la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyo interés se ve especialmente afectado, sea amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; y además ocurra de forma tal de mostrar un reconocimiento general de que lo que está en cuestión es una norma de derecho o una obligación jurídica"[94].

---

abstracto de situaciones, más que relativo a una situación concreta"). Al respecto, véase R. Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), págs. 119 y ss., en especial págs. 147 y 148 ("Se han presentado distintas interpretaciones de esa sentencia, por ejemplo que la Corte se refería a normas susceptibles de obligar a los Estados generalmente, o el hecho de que una disposición no contiene demasiadas excepciones que limiten su contenido normativo. En cualquier caso, el criterio de ser "fundamentalmente creadora de derecho" no parece muy convincente. Se basa en alguna forma de inversión lógica. No es porque una regla sea fundamentalmente creadora de derecho que pasa a ser consuetudinaria; es porque adquiere el carácter de consuetudinaria gracias a la práctica de los Estados que se le puede calificar, si así se desea, de fundamentalmente creadora de derecho. Sin embargo, en ese caso el criterio pasa a ser superfluo. Puede significar solamente que a la hora de interpretar una disposición con miras a establecer su carácter consuetudinario, pueda resultar razonable presumir que una norma excesivamente estrecha o específica no adquiere fácilmente el carácter de derecho internacional general. Pero eso es todo. Incluso una norma muy específica (por ejemplo, fijar una prescripción en cifras) puede convertirse en consuetudinaria si los Estados la adoptan en su práctica. Por ende, lo que realmente cuenta es la práctica efectiva de los Estados y a la larga su *opinio juris*, no alguna cualidad intrínseca de la norma en cuestión. Por otra parte, se podría añadir que toda norma es, por su propia naturaleza, 'creadora de derecho', es decir, normativa o susceptible de generalización. Se trata de una cuestión de grado, y por ende abierta a una interpretación contextual); *ILA London Statement of Principles*, págs. 52 y 53; Baxter, nota 73 *supra*, pág. 62.

93 En *Nicaragua* v. *Colombia*, la Corte Internacional concluyó que el párrafo 1 del artículo 76 de Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (límite exterior de la plataforma continental) reflejaba el derecho internacional consuetudinario, pero no abordó los párrafos subsiguientes: *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua* v. *Colombia), fallo, I.C.J. Reports 2012*, pág. 624 y ss., en especial pág. 666, párr. 118 ("La Corte considera que la definición de plataforma continental que figura en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar forma parte del derecho internacional consuetudinario. Por el momento ... no necesita decidir si otras disposiciones del artículo 76 de la Convención forman parte del derecho internacional consuetudinario").

94 *North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74. Véase también B. Cheng, "Custom: The Future of General State Practice In a Divided World", en R. St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), en págs. 513 y 533 ("En cada caso, el hecho de si ha ocurrido o no esa metamorfosis [de disposición de un tratado a norma del derecho internacional general] es una cuestión de hecho que se establecerá por prueba concreta, como en los intentos de determinar la existencia de alguna norma del derecho internacional general"); G.L. Scott, C.L Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), pp. 71, 82 ("por lo general, los tratados multilaterales no pueden crear por sí solos derecho internacional consuetudinario "instantáneo" para todos los Estados en el sistema internacional, sino que deben esperar las reacciones "subsiguientes"). La Corte Internacional señaló también que si se registra "en la convención una participación muy amplia y representativa ... siempre que incluya a los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados", ello puede alcanzar por sí solo para transformar una norma convencional en una norma de derecho internacional consuetudinario (párr. 73). Vale decir, en determinadas circunstancias un tratado multilateral podría "debido a su propio impacto" (párr. 71) dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, tal como se ha escrito en fecha reciente "la Corte tuvo cuidado en no determinar de forma definitiva si el

40. Podrían darse muchos ejemplos de la forma en que las disposiciones de los tratados, en particular los llamados tratados "normativos", reflejan o han pasado a reflejar normas del derecho internacional consuetudinario. El derecho del mar es especialmente rico en este aspecto, lo que puede apreciarse, por ejemplo, en la influencia que tuvo la Convención sobre la Plataforma Convencional de 1958 en la aceptación de ese concepto en el derecho internacional consuetudinario y la emergencia del concepto de zona económica exclusiva[95]. Asimismo, muchas de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reflejaban el derecho internacional consuetudinario o al menos se las considera derecho consuetudinario desde entonces[96]. Entre las normas más importantes de la Convención de Viena figuran las relativas a la interpretación de los tratados, en que los tribunales nacionales e internacionales han visto muchas veces un reflejo del derecho internacional consuetudinario, y que como tal han sido aplicadas a los tratados desde hace tiempo[97]. La inmunidad del Estado es otra de las esferas en que las convenciones multilaterales se han convertido en instrumentos centrales para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario[98], aunque distintos tribunales han llegado a veces a conclusiones distintas[99].

---

método era siquiera posible ... En cualquier caso, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, la participación generalizada en un convenio de codificación nunca ha sido suficiente, por sí sola, para la confirmación de una norma consuetudinaria" (Tomka, nota 26 *supra*, pág. 207). Véase también *ILA London Statement of Principles*, págs. 52 y 54 ("cabe señalar que la Corte no dio ejemplos ni se explayó adecuadamente sobre este punto. Por lo tanto, no se debe hacer demasiado hincapié en las pocas palabras que pronunció. Y por cierto, en un convenio por lo general no figuran las pruebas de una intención más que meramente contractual ... A partir del anterior análisis se concluye que un solo tratado plurilateral o bilateral no puede crear de forma instantánea derecho consuetudinario general "por su propio impacto", y parece poco probable que incluso una serie de tratados de ese tipo produzca dicho efecto, salvo en circunstancias (extremadamente) inusuales"); Schachter, nota 57 *supra*, págs. 724 a 726; Thirlway, nota 27 *supra*, págs. 86 a 91. Véase también *Reservations to the Convention on Genocide, opinión consultiva: I.C.J. Reports 1951*, pág. 15 y ss., en especial págs. 52 y 53 (opinión disidente del Magistrado Alvarez); *Prosecutor* v. *Norman*, Causa núm. SCSL-2004-14-AR72(E), Decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 31 de mayo de 2004, párrs. 18 a 20, 50.

[95] T. Treves, "Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer", 223 *Recueil des cours* (1990), págs. 9 a 302; J. A. Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean Development and International Law*, 45 (2014), págs. 239 a 259.

[96] Véase la sección sobre 'estátus consuetudinario' en relación con cada artículo de la Convención de Viena en O. Corten, P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2ª edición (Oxford University Press, 2011). Véase también I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª edición (Manchester University Press, 1984), en especial págs. 5 a 28.

[97] *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045 y ss., en especial pág. 1059, párr. 18 (en que se aplican las disposiciones de la Convención de Viena sobre interpretación a un tratado de 1890). La jurisprudencia al respecto fue bien resumida por el Tribunal Arbitral en el caso *Iron Rhine* (IJzeren Rijn) *(Belgium/Netherlands)*, laudo de 24 de mayo de 2005, párr. 45 (Corte Permanente de Arbitraje, Award Series (T.M.C. Asser Press, 2007). Véase también el proyecto de conclusión 1, párr. 1, de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (y los párrs. 4 a 6 del comentario), aprobados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional en 2013: informe de la Comisión de 2013 (A/68/10), párr. 39.

[98] Véase también R. O'Keefe, C. J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary* (Oxford University Press, 2013), pág. xli ("Hay poca duda de que el proceso de elaboración de la Convención ha revelado y muchas vece cristalizado, gracias a la estrecha participación de los Estados, el contenido del concepto de

41. La práctica de las partes en un tratado (la práctica que existe entre ellas) probablemente se funde principalmente en la obligación convencional, y por lo tanto en general resulta menos útil para constatar la existencia o el desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario[100]. Esa práctica normalmente es solo eso, y a veces sirve como medio de interpretación del tratado con arreglo a las disposiciones del artículo 31 3) b) o el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (una cuestión que la Comisión examina actualmente en

---

inmunidad del Estado en el derecho internacional consuetudinario. Ello no significa que todas las disposiciones sustantivas sean necesariamente coherentes, en su totalidad, con la costumbre […] tanto los tribunales internacionales como los nacionales ya han considerado la Convención como una prueba persuasiva de cuáles son las normas consuetudinarias de hoy …"). Véase en particular, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99, *passim* y en especial la pág. 123, párr. 55 ("La práctica de los Estados, que sea especialmente trascendente, debe buscarse en […] las declaraciones formuladas por estos, primero durante el curso del estudio extensivo del tema por la Comisión de Derecho Internacional y después, en el contexto de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas").

99 En su fallo de 5 de febrero de 2015 en la causa *Benkharbouche and Anor* v. *Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales examinó si el artículo 11 ("Contratos de trabajo") de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2004 reflejaba el derecho internacional consuetudinario: el Tribunal señaló (en el párr. 36) que "[e]s […] necesario examinar con cuidado cada una de sus disposiciones a fin de determinar si satisface los requisitos exigentes que deben darse para que esas disposiciones sean consideradas derecho internacional consuetudinario". Tras examinar las sentencias y la legislación de otras jurisdicciones, el Tribunal (en el párr. 46) "consideró imposible llegar a la conclusión de que existe una norma de derecho internacional que establece que debe otorgarse inmunidad ante reclamaciones laborales de los funcionarios de una misión a menos que se dé alguna circunstancia especial […]". Al examinar el alcance de la excepción del 'ilícito territorial' a que se refiere el artículo 12 ("Lesiones a las personas y daños a los bienes") de la Convención de 2004, la Corte Internacional de Justicia tuvo que tener en cuenta las diferentes opiniones de los tribunales nacionales (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening*), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99 y ss., en especial págs. 129 a 135, párrs. 62 a 79).

100 Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 76 ("más de la mitad de los Estados interesados, obrando tanto unilateral como conjuntamente, eran o pasaron a ser en poco tiempo partes en la Convención de Ginebra y, por tanto, se suponía que en su caso, actuaban efectiva o potencialmente en aplicación de la Convención. No se podía inferir legítimamente de su actuación la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en favor del principio de la equidistancia"); *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 y ss., en especial pág. 199; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo) fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 531 (opinión disidente del Magistrado Jennings) ("es obvio que resulta difícil encontrar un ápice siquiera de 'práctica' relativa a estas materias en el comportamiento de los pocos Estados que no son partes en la Carta; y la conducta de todos los demás y la *opinio juris* que esa conducta podría poner de manifiesto en otras circunstancias, ciertamente se explica por las obligaciones que impone a los Estados la propia Carta"); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)*, fallo, I.C.J. Reports 2012, pág. 422 y ss., en especial pág. 479, párr. 37 (opinión separada del Magistrado Abraham). Compárese *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial págs. 96 y 97, párr. 181 ("[…] la Carta refleja en esa esfera los principios que ya existían en el derecho internacional consuetudinario, y ese derecho se ha desarrollado en las cuatro décadas subsiguientes bajo la influencia de la Carta, hasta tal punto que algunas de las disposiciones que figuran en la Carta han adquirido un estatus que no depende de ella").

conexión con el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”). Como señaló Baxter, esta circunstancia puede hacer que sea especialmente difícil determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario cuando la participación en un tratado es casi universal[101]. Ese problema no se presenta en relación con la conducta de los Estados que no son parte, ni en relación con la de los Estados partes hacia los Estados que no son partes, lo que puede constituir claramente un ejemplo de práctica a los fines de determinar si la disposición establecida en un tratado también tiene fuerza de norma consuetudinaria[102]. De todos modos, como señaló Crawford recientemente: “Para que se pueda conocer la práctica de los Estados es necesario que se cumpla la paradoja de Baxter —es decir, que la participación en el tratado no sea suficiente. La costumbre es más que el tratado, más incluso que un tratado generalmente aceptado […] [sin embargo] la coexistencia de la costumbre y el tratado sugiere que la paradoja de Baxter no es en realidad una verdadera paradoja” [103].

42. Como se señaló en el segundo informe [104], aunque la reiteración de disposiciones similares o idénticas en un gran número de tratados bilaterales puede generar una norma de derecho internacional consuetudinario o constituir una prueba de su aceptación como derecho[105], ello no siempre es así. En este caso también es

---

[101] Baxter, nota 73 *supra*, en especial pág. 64 (“la prueba de que existe un patrón coherente en la conducta de quienes no son parte se hace más difícil a medida que aumenta el número de partes en los instrumentos. El número de participantes en el proceso de creación del derecho consuetudinario puede volverse tan pequeño que la prueba de su práctica será mínima o totalmente inexistente. De ahí la paradoja de que a medida que aumenta el número de partes en un tratado, se vuelve más difícil demostrar cuál es la situación del derecho internacional consuetudinario fuera del tratado”). Véase también *Prosecutor* v. *Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párr. 302 (“que existe ese derecho consuetudinario —la práctica de los Estados y la *opinio juris*— puede, en algunas situaciones, ser extremadamente difícil de comprobar, en particular en los casos en que existe previamente un tratado multilateral que ha sido aprobado por la enorme mayoría de los Estados. La prueba de que existe una práctica fuera del tratado, que demuestre que existen normas consuetudinarias con independencia de ese tratado o que normas convencionales han pasado a integrar el ámbito de la costumbre, se vuelve cada vez más difícil, dado que parecería que solo puede considerarse pertinente la práctica de quienes no son parte en el tratado”).

[102] Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, nota 36 *supra*, pág. l (“En este estudio se adopta cautelosamente el criterio de que la ratificación generalizada es solo un indicio y que debe evaluarse teniendo en cuenta los demás elementos de la práctica, en particular la práctica de los Estados que no son parte en el tratado. La coherencia de la práctica de los Estados no partes no se ha considerado una prueba importante a favor de la existencia de esa práctica. Sin embargo, la práctica en contrario de los Estados que no son parte ha sido considerada una prueba importante de que dicha práctica no existe. La práctica de los Estados que son parte en un tratado en su relación con los Estados que no son parte también es especialmente pertinente”).

[103] J. Crawford, 365 *Recueil des cours* (2013), 107, 110. Véase también Kolb, nota 92 *supra*, págs. 145 y 146 (en que se sugiere que la paradoja solo es real cuando se la formula en abstracto, dado que “en casos concretos las características contextuales generalmente [la] disipan”); Villiger, nota 46 *supra*, pág. 155.

[104] A/CN.4/672, párr. 76 f).

[105] Véase también Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 59 (“una serie de tratados bilaterales concluidos a lo largo de un período de tiempo por varios Estados, en que todos adoptan sistemáticamente la misma solución para el mismo problema en las relaciones que mantienen entre sí, puede dar lugar a una nueva regla de derecho internacional consuetudinario”); *Mondev International Ltd* v. *United States of America* (CIADI, laudo, 11 de octubre de 2002), párr. 125 (“[…] el derecho

necesario analizar la disposición (y el tratado en el que figura) en su contexto y a la luz de las circunstancias que rodearon su adopción, especialmente porque "la multiplicidad de [...] tratados [...] es en cierta medida un arma de doble filo"[106]: "la concordancia entre diversos tratados, incluso si se tratara de un número considerable de tratados, no constituye *per se* una prueba suficiente, ni siquiera una presunción suficiente, de que la comunidad internacional en su conjunto considere esos tratados son prueba del derecho consuetudinario general. Por el contrario, hay algunos casos en que esos tratados parecen constituir prueba de que son una excepción respecto de la normativa general"[107].

43. Como se sugiere en el segundo informe[108], que los Estados afectados hayan firmado o ratificado el tratado[109], y que las partes tengan capacidad para formular

---

internacional consuetudinario, cuyo contenido depende de la conclusión de más de 2.000 tratados bilaterales de inversión y muchos otros tratados de amistad y comercio").

[106] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3 y ss., en especial pág. 306 (opinión separada del Magistrado Ammoun).

[107] K. Wolfke, nota 64 *supra*, pág. 35. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)* (excepción preliminar) fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 582 y ss., en especial pág. 615 ("El hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, como los acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones extranjeras y el Convenio de Washington, han establecido regímenes jurídicos especiales para la protección de las inversiones, o que disposiciones al respecto suelen incluirse en general en los acuerdos que suscriben directamente los Estados y los inversores extranjeros, no es suficiente para mostrar que se ha producido una modificación de las normas consuetudinarias relativas a la protección diplomática, y podría del mismo modo mostrar lo contrario."); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial págs. 317 y 318 (opinión disidente del Vicepresidente Schwebel) ("¿Por qué concluir [tantos] tratados de esa índole si su esencia ya existe en el derecho internacional …?"); Schachter, nota 57 *supra*, pág. 732 ("Los Estados no consideran en general que esos tratados estandarizados constituyan prueba del derecho consuetudinario dado que en la mayoría de los casos los acuerdos bilaterales son acuerdos que se negocian *quid pro quo*"); Danilenko, nota 18 *supra*, pág. 143; L. Kopelmanas, "Custom as a Means of the Creation of International Law", *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), págs. 127 y 137; *ILA London Statement of Principles*, págs. 47 y 48 ("No existe ninguna presunción de que una sucesión de disposiciones similares en tratados dé lugar a una nueva norma consuetudinaria con ese contenido"); W.W. Bishop, 147 *Recueil des cours* (1965), pág. 147 y ss., en especial págs. 229 y 230.

[108] A/CN.4/672, párr. 76 f).

[109] Véase también *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 18 y ss., en especial pág. 38 ("[la Corte] no podría ignorar ninguna disposición del proyecto de convenio si llegara a la conclusión de que el contenido de esa disposición es vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional porque encarna o cristaliza una norma preexistente o emergente de derecho consuetudinario"); *Colombian-Peruvian asylum case, fallo de 20 de noviembre de 1950: I.C.J. Reports 1950*, pág. 266 y ss., en especial pág. 277 ("El escaso número de Estados que ha ratificado la Convención pone en evidencia la fragilidad de este argumento [según el cual la Convención en cuestión se ha limitado a codificar principios que ya había reconocido la costumbre] …"); 'Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available', Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su Segundo Período de Sesiones (A/CN.4/34), *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, Vol. II, pág. 368 ("Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario"); Sinclair, nota 57 *supra*, pág. 227 ("es correcto considerar que incluso las convenciones de codificación que han sido objeto de escasas ratificaciones pueden, en general, probar en cierta medida la existencia de una *opinio juris* sobre el tema en cuestión. La *calidad* de la prueba dependerá de la procedencia de la disposición concreta de que se trate. Si los trabajos preparatorios de una convención de codificación

reservas a los artículos del tratado[110], también puede ser pertinente para evaluar la existencia de una *opinio juris* respecto de las disposiciones pertinentes. En este caso también las circunstancias particulares que rodean la aprobación del texto del tratado deben examinarse con cuidado, así como con la práctica sobre su contenido.

44. Se propone el siguiente proyecto de conclusión (que se incluirá en la nueva **quinta parte**, titulada **"Formas particulares de la práctica y la prueba"**):

Proyecto de conclusión 12

Tratados

La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal disposición:

a) Codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma vigente de derecho internacional consuetudinario;

b) Ha propiciado la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o

---

específica demuestran que una disposición concreta se adoptó en la conferencia de codificación mediante una votación muy dividida, y que la controversia generada al respecto puede haber impulsado a varios Estados a negarse a participar en la convención, hay claros motivos sólidos para restar valor a esa disposición en el contexto de la labor posterior de codificación"); Villiger, nota 46 *supra*, en especial pág. 165 ("los instrumentos no ratificados no siempre surten efectos negativos [en relación con la norma subyacente de derecho internacional consuetudinario], y pero tampoco puede una convención generar derecho consuetudinario de forma instantánea"); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3 y ss., en especial pág. 226 (opinión disidente del Magistrado Lachs) ("La demora en la ratificación de tratados multilaterales y en la adhesión a ellos constituye un fenómeno muy conocido en la práctica contemporánea relativa a los tratados […] el número de ratificaciones y adhesiones no puede, por sí mismo, ser considerado prueba concluyente de la aceptación general de un instrumento dado"); G. E. Do Nascimento E Silva, "Treaties as Evidence of Customary International Law", en *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago* (Dott. A. Giuffre Editore, 1987), págs. 387 y 397 ("Una convención que no ha sido ratificada tendrá más autoridad en el derecho internacional general si es aprobada por una mayoría importante y recibe las ratificaciones de un considerable número de Estados, que sea representativo. A *contrario sensu*, dicha convención perderá fuerza si transcurre un largo período de tiempo y muy pocos Estados la ratifican o se adhieren a ella. La importancia de las convenciones que no han sido ratificadas también aumentará si las complementa posteriormente la práctica internacional, especialmente si la Corte Internacional de Justicia tomó en consideración que se basaba en sus disposiciones"); Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 87 ("debe tenerse en cuenta que toda ponderación de la importancia de la ratificación de un tratado de codificación debe hacerse con cautela, al igual que toda evaluación de las abstenciones que se produzcan en cuanto a su ratificación").

[110] La directriz 3.1.5.3 de la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados* (2011) de la Comisión establece que: "El hecho de que una disposición convencional refleje una norma de derecho internacional consuetudinario no impide por sí mismo la formulación de una reserva a esa disposición". Como explicó la Comisión en su comentario a esta directriz, en la causa *North Sea* la Corte Internacional de Justicia siguió mostrándose circunspecta en cuanto a las deducciones a que conduce la exclusión de determinadas reservas (comentario 4). La Comisión señaló que no era cierto que la Corte hubiera afirmado que no era admisible formular las reservas a las disposiciones de tratados que reflejaban el derecho consuetudinario.

c) Ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho.

B. Resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales

45. Se acepta en general que las resoluciones aprobadas por los Estados en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, cumplir una función en la formación y la determinación del derecho internacional consuetudinario. En efecto, entre los textos escritos a los que se hace referencia en la práctica para identificar normas de derecho internacional consuetudinario, se asigna a esas resoluciones una importancia considerable.

46. En este contexto, los magistrados y los publicistas han prestado especial atención a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un foro que cuenta con participación casi universal, y gran parte de la presente sección tratará específicamente sobre ellas. Esas resoluciones pueden ser especialmente pertinentes como prueba del derecho internacional consuetudinario o para darle impulso[111]. Sin embargo, otras reuniones y conferencias de Estados también pueden ser importantes[112]. Los órganos de las organizaciones internacionales[113] y las

---

[111] G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001) contiene una cantidad de información sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales, así como sobre todos los aspectos del papel que desempeñan las organizaciones internacionales en relación con el derecho internacional consuetudinario. Véase también J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (Columbia University Press, 1970); J. Castañeda, "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", 129 Recueil des cours (1970), pág. 205; M. Forteau, "Organisations internationales et sources du droit", en E. Lagrange, J.-M. Sorel (eds.) *Traité de droit des organisations internationales* (L.G.D.J., 2013), pág. 257; Cassese, nota 29 *supra*, pág. 193 ("Es lógico que la única oportunidad que ofrezcan las Naciones Unidas a prácticamente todos los miembros de la comunidad internacional de reunirse e intercambiar sus opiniones no pueda sino tener fuertes consecuencias en el surgimiento y la reformulación de las normas de derecho consuetudinario").

[112] Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia al Acta Final de Helsinki, de 1975: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 107, párr. 204 ("puede inferirse que del texto se desprende la existencia […] del principio consuetudinario [de la no intervención] que goza de aplicación universal.").

[113] Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: véase O. Corten, "La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la crystallisation ou à la consolidation de règles coutumières", *Revue belge de droit international* (2004), págs. 552 a 567; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 403 y ss., en especial págs. 437 y 438, párr. 81; Prosecutor v. Tadić, Causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párr. 133 ("De gran pertinencia para la formación de *opinio juris* en el sentido de que las violaciones del derecho internacional humanitario general, que rigen los conflictos armados internacionales acarrean responsabilidad penal de quienes cometen u ordenan esas violaciones, son ciertas resoluciones aprobadas por unanimidad por el Consejo de Seguridad"). En la resolución 2125 (2013) del Consejo de Seguridad sobre Somalia, párr. 13, el Consejo de Seguridad subrayó que "la presente resolución no se considerará precedente del derecho consuetudinario internacional"; véase también, en el mismo contexto, el párr. 8 de la resolución 1838 (2008) del Consejo de Seguridad.

conferencias internacionales con un número más reducido de miembros pueden cumplir una función similar, pero en general tendrán menos peso como prueba del derecho internacional consuetudinario general; sin embargo, es posible que ocupen un papel central en la formación y la determinación de una costumbre en particular (véase al respecto, la sección VII).

47. Si bien esas resoluciones no pueden por sí mismas generar derecho internacional consuetudinario, "es posible que tengan a veces valor normativo" al dar prueba del derecho vigente o emergente [114]. Sin embargo, es necesario ser

[114] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial págs. 254 y 255, párr. 70 ("La Corte señala que las resoluciones de la Asamblea General, incluso si no son vinculantes, pueden tener a veces valor normativo. Pueden, en ciertas circunstancias, constituir una prueba importante para establecer la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio juris*"). La resolución 3232 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de noviembre de 1974, que fue aprobada por consenso, contiene la siguiente disposición: "*Reconociendo* que el desarrollo del derecho internacional puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General que, en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia". Véase también *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 y ss., en especial pág. 31, y *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 12 y ss., en especial págs. 31 y 33 (en que se hace referencia a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General como un "nuevo paso importante" en el desarrollo del derecho internacional relativo a los territorios no autónomos); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 103, párr. 195 ("Esta descripción, que figura en […] la definición de agresión contenida en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, puede interpretarse como un reflejo del derecho internacional consuetudinario"); *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* v. *Government of the Libyan Arab Republic*, 62 *International Law Reports* (1982), 141, 189 ("… esas resoluciones, aunque no constituyen una fuente unánime de derecho, son prueba de la creciente tendencia dominante de la opinión internacional […]"); Conclusiones de la 30° Comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que pueden consultarse en <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusión 1 ("Si bien la Carta de las Naciones Unidas no otorga a la Asamblea General la facultad de aprobar normas que sean vinculantes para los Estados en sus relaciones *inter se*, la Asamblea puede formular recomendaciones que contribuyan al desarrollo progresivo del derecho internacional, su consolidación y codificación, lo que puede lograrse mediante distintas resoluciones"); G. Abi-Saab, "La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté", en *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago* (Giuffré, 1987), págs. 1, 53 y 56 ("en la actualidad la gran mayoría de los autores considera que las resoluciones normativas de la Asamblea General pueden suscitar los mismos modos de interacción con la costumbre que los que la Corte señaló en relación con los tratados de codificación, es decir, que esas resoluciones pueden generar los mismos efectos que estos: declaratorios, cristalizadores o generadores de normas consuetudinarias"); J. A. Barberis, "Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens", en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt* (Springer, 1995), págs. 21 a 23 ("la Asamblea General de las Naciones Unidas no posee, en general, según la Carta, el poder de formular resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados, y […] no ha podido adquirir ese poder mediante la costumbre. Sin embargo, es indudable que las resoluciones de la Asamblea General constituyen un factor importante en la formación de la costumbre."); S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), pág. 111 ("Las resoluciones aprobadas por los órganos de las organizaciones intergubernamentales deben formar parte hoy del acervo general de recursos internacionales que […] el jurista debe tener en consideración"); Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 44 ("No puede caber

cautelosos a la hora de determinar si una resolución en particular constituye efectivamente prueba de ese derecho: "se produce en cada caso un proceso de articulación, valoración y evaluación"[115]. Cabe señalar que "como ocurre con cualquier declaración que formule un Estado, siempre es necesario considerar lo que los Estados realmente quieren decir cuando votan a favor o en contra de ciertas resoluciones en foros internacionales"[116]. Como destacan los propios Estados, la Asamblea General constituye un órgano político en el cual a menudo no es para nada claro que sus actos tengan trascendencia jurídica[117]. Establecer si puede

---

duda de que esas resoluciones [declaratorias de la Asamblea General de las Naciones Unidas] pueden hacer una contribución importante al desarrollo del derecho internacional […] pero que ello no […] les otorga carácter legislativo"); C. Tomuschat, "The Concluding Documents of World Order Conferences", en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), págs. 563 y 568 ("Las conferencias internacionales no son órganos de creación del derecho. Cuando los gobiernos elaboran un texto en que se resumen los resultados de una conferencia, en general no lo hacen con la intención de generar derecho vinculante. En vez de ello, su finalidad es trazar un curso de acción política que deberá seguirse en el futuro […]. Incluso si se llegara a un acuerdo en un documento final, surten efectos jurídicos vinculantes solo si así lo desean las partes. En efecto, si los gobiernos tienen la intención de asumir un compromiso jurídico, siempre tienen la posibilidad de optar por un instrumento convencional inequívoco […]. Sin embargo, sería tener poca visión quitar importancia al resultado de todas esas reuniones, en la medida en que no se han materializado en instrumentos jurídicamente vinculantes en el sentido tradicional del término, dado que la retórica pura no es susceptible de generar efectos jurídicos" (en cuanto a "declaraciones relativas a la exención de responsabilidad y reservas", véanse también las págs. 568 a 580)); Weil, nota 91 *supra*, pág. 417 ("Las resoluciones, como expresión sociológica y política de tendencias, intenciones, deseos, muy probablemente constituyan una etapa importante en el proceso de elaboración de normas internacionales; en sí mismas, sin embargo, no constituyen una *fuente* formal de nuevas normas").

[115] Crawford, nota 103 *supra*, págs. 90 y 112. Véase también Boyle y Chinkin, nota 62 *supra*, pág. 225 ("Las resoluciones de las organizaciones internacionales y las declaraciones multilaterales de los Estados también pueden tener efectos en el derecho internacional consuetudinario. Que […] lo hagan] dependerá de diversos factores que deberán evaluarse en cada caso"); Treves, nota 54 *supra*, párrs. 44 a 46.

[116] G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar, 2012), pág. 88. Véase también Shaw, nota 22 *supra*, pág. 63.

[117] Véase también M. D. Öberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", *European Journal of International Law*, 16 (2006), págs. 879 y 902 ("La Asamblea General posee la atractiva cualidad de representar muy ampliamente a los Estados existentes y de constituir una forma centralizada y muy conveniente de conocer simultáneamente los puntos de vista de todos los Estados Miembros presentes sobre un tema en particular. Sin embargo, la Asamblea General también constituye un órgano político, lo que no la convierte en un foro ideal para determinar el derecho. Es posible que los Estados tengan razones para votar como lo hacen que no sean de índole jurídica, por ejemplo, razones morales, políticas o pragmáticas (por ejemplo, como parte de una negociación). Más aún, quizás un Estado vote en contra de una resolución porque considere que va demasiado lejos, o no lo suficientemente lejos. Por lo tanto, no es muy justo obligar a un Estado a respetar un voto favorable, cuando los Estados 'actúan en el marco de ciertas normas y mecanismos que normalmente afectan el significado jurídico de su voto' y cuando las resoluciones no se imputan a los miembros a título individual sino al órgano y a la organización que aprueban la resolución. Por último, los representantes que votan en la Asamblea en general no tienen la facultad de obligar jurídicamente a sus Estados" (se omiten las citas)); M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), págs. 434 y 435 ("¿Tenemos el derecho de suponer que un voto positivo refleja las opiniones del Estado sobre el derecho? No es seguro. El voto pudo haberse emitido como gesto político, la

asignarse a una resolución ese valor normativo es una tarea que debe realizarse con "toda la debida cautela"[118]. Como ha explicado la Corte Internacional de Justicia: "[e]s necesario observar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación; también es necesario ver si existe una *opinio juris* en lo que respecta a su carácter normativo. También es posible que a partir de una serie de resoluciones evolucione gradualmente la *opinio juris* que se requiere para el establecimiento de una nueva norma"[119].

---

confirmación de una alianza, por ejemplo, y no tener para nada relación con lo que el Estado considera costumbre. También puede responder a la presión que ejerce por un Estado poderoso o emitirse para incomodar a un adversario. En ningún caso "refleja" la *opinio juris* del Estado de que se trate. Más aún […] es posible (y frecuente) interpretar la adopción de decisiones por las Naciones Unidas a la luz de que no se suponen vinculantes – algo que queda de manifiesto por la falta de poderes de los representantes del Estado – "); Kirchner, nota 65 *supra*, pág. 235 ("Debemos tener en cuenta que las resoluciones, por su naturaleza, en general no crean obligaciones jurídicas. Los Estados que no recurren a la forma de un tratado, presumiblemente no desean vincularse en absoluto").

[118] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág. 99, párr. 188.

[119] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 70. Véase también R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), pág. 28 ("Como ocurre con gran parte del derecho internacional, no existe una respuesta fácil a este interrogante: ¿Qué función cumplen las resoluciones de las organizaciones internacionales en el proceso de creación de normas en el sistema internacional? Para responder a esta pregunta es necesario que tengamos en cuenta el tema sobre el que versan las resoluciones de que se trate, su carácter vinculante o de mera recomendación, la cantidad de votos con los que se logró su aprobación, las prácticas reiteradas de lo dispuesto en ellas, la prueba de la *opinio juris*. Cuando sacudimos el caleidoscopio y observamos qué imagen se forma, es innegable que esas resoluciones desempeñan un papel importante en la elaboración de normas"); B. Sloan, "General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)", *British Yearbook of International Law*, 58 (1987), págs. 39 y 138 ("Muchos o todos los factores que anteceden, combinados adecuadamente para cada resolución, pueden tenerse en cuenta al considerar los distintos efectos o el peso dado a una resolución en particular. Quizás esos factores no tengan la misma pertinencia o importancia en lo que respecta a ciertos efectos como la eficiencia, la aceptación generalizada que tenga la resolución como interpretación, su efecto declaratorio o su fuerza vinculante. Su trascendencia varía según la resolución de que se trate"); I. Brownlie, "Presentation", en A. Cassese y J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), pág. 69 ("algunas resoluciones de la Asamblea General, no las resoluciones de la Asamblea General en general, sino algunas de las resoluciones de la Asamblea General, constituyen una prueba importante del estado general del derecho internacional. El texto de la resolución y los debates que llevan a su aprobación, la explicación de los votos por parte de las delegaciones, son todas pruebas del estado de derecho internacional, aunque no más que eso. Cuando digo pruebas no necesariamente quiero decir pruebas favorables o positivas. Por lo tanto, las pruebas pueden poner de manifiesto diferencias de opinión sobre distintos aspectos de la resolución que, vistas a la luz de los criterios que se emplean respecto del derecho internacional consuetudinario, sugiere que todavía estamos lejos de la creación de derecho internacional sobre un tema determinado"); C. Economidès, "Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international", *Annuaire Français de Droit International*, 34 (1988), 131, 143 y 144 ("si se dan las condiciones citadas precedentemente (contenido normativo, mayoría importante, etc.), esas resoluciones pueden evolucionar y pasar a constituir normas consuetudinarias, si los Estados las aplican realmente en los hechos, lo que es siempre indispensable para la creación de la costumbre"); Thirlway, nota 27 *supra*, en especial pág. 65 ("Es esencial tener en cuenta resoluciones de toda índole, además de cada resolución en sí misma, dado el peso relativo que tiene cada una de ellas, y las posiciones de los Estados Miembros variarán según la forma y el tema de la resolución de que se trate").

48. Al realizar ese tipo de evaluación, las palabras que se hayan utilizado concretamente en una resolución determinada resultan de importancia fundamental: "como ocurre con la práctica de los Estados, el contenido de una determinada decisión y la medida en que se hayan examinado las cuestiones jurídicas deben ponderarse antes de asignárseles peso jurídico"[120]. Las resoluciones redactadas "en lenguaje normativo"[121] son las que pueden tener pertinencia, y la decisión de emplear (o evitar) determinados términos puede ser importante. "Se dice que [la naturaleza del lenguaje utilizado en la resolución] arroja luz sobre la *intención* de los Estados Miembros en lo que respecta a la trascendencia jurídica de la resolución"[122].

49. También es importante en este sentido tener en cuenta las circunstancias que rodean a la aprobación de la resolución de que se trate, entre ellas, en particular, el método que se emplee para aprobar la resolución; los resultados de la votación (cuando proceda); y las razones que esgriman los Estados en apoyo de su posición (por ejemplo, cuando negocian la resolución o explican su posición o su voto o formulan cualquier otra declaración). Es claro que "el grado de apoyo resulta importante. Una resolución aprobada por consenso o por unanimidad tendrá necesariamente más peso que una resolución que cuenta solo con el apoyo de dos terceras partes de los Estados. Las resoluciones a las que se opone incluso un número pequeño de Estados pueden tener poco efecto si esos Estados figuran entre los Estados afectados de forma más inmediata"[123].

---

[120] Crawford, nota 20 *supra*, en especial págs. 194 y 195. Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial págs. 102 y 103, párr. 193; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 72. Véase también Barberis, nota 114 *supra*, pág. 34 ("las resoluciones que formulan recomendaciones, proclaman deseos, instan a adoptar una conducta determinada, solicitan colaboración, invitan a adoptar determinadas medidas o utilizan expresiones semejantes no tienen carácter prescriptivo. Las resoluciones que utilizan ese vocabulario no confieren ningún derecho ni imponen ninguna obligación en el plano jurídico; se limitan a formular una recomendación o hacer una invitación, lo que no entra en la esfera normativa").

[121] Tomka, nota 26 *supra*, en especial pág.198. Véanse también las Conclusiones de la 30° Comisión del Instituto de Derecho Internacional sobre las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que puede consultarse en <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusión 10 ("El lenguaje y contexto de una resolución ayudan a determinar su tenor normativo. Las referencias al derecho internacional o frases equivalentes, o su omisión deliberada, son pertinentes pero no decisivas en sí mismas"); Boyle y Chinkin, nota 62 *supra*, en especial pág. 225 ("Una resolución o declaración normativa no necesariamente proclama derechos o principios que tengan valor como derecho, sino que, como ocurre con los tratados, para que ello ocurra su redacción debe ser 'de índole tal que cree derecho, que pueda ser considerada formadora de la base de una norma general de derecho" (en que se cita la causa *North Sea Continental Shelf*)).

[122] M. Prost, P. K. Clark, "Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?", *Chinese Journal of International Law*, 5 (2006), págs. 341 y 362.

[123] Boyle y Chinkin, nota 62 *supra*, en especial pág. 226 (en que se añade que "incluso la aprobación por consenso no será tan trascendente como podría parecer a simple vista si va acompañada de declaraciones que condicionan en gran medida lo que se ha acordado, o si simplemente disimula un acuerdo que permita disentir sin ejercer presiones a fin de llevar el asunto a una votación"). Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 255, párr. 71 ("varias de

50. De todos modos, como señaló Dame Rosalyn Higgins, “debemos tener cuidado de no utilizar las resoluciones de la Asamblea General como una forma expeditiva de determinar la práctica internacional en su totalidad respecto de una cuestión: la práctica que se da en el mundo exterior sigue siendo el tamiz que debe utilizarse, aunque las resoluciones de las Naciones Unidas son parte del panorama. Las resoluciones no pueden sustituir a otras formas de determinación de la costumbre: esta tarea seguirá requiriendo el examen de otras pruebas de la práctica de los Estados además de los actos colectivos que quedan plasmados en las resoluciones de la Asamblea General”[124].

51. En los casos en que la intención de quienes aprueban una resolución sea declarar el derecho (en vez de promover la adopción de una nueva norma, aunque en la práctica no siempre es fácil hacer esa distinción[125]), esas resoluciones (incluso si se las llama “declaraciones”[126]) no constituyen prueba concluyente de la costumbre

---

las resoluciones que se examinan en la presente causa han sido aprobadas a pesar de que hubo un considerable número de votos negativos y de abstenciones; por lo tanto, aunque esas resoluciones constituyen una clara señal de la profunda preocupación que existe sobre el problema de las armas nucleares, siguen sin lograr establecer la existencia de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso de esas armas”); Öberg, nota 117 *supra*, págs. 900 y 901 (“Es fundamental que haya una gran mayoría […]. [También] es razonable que los Estados que participan efectivamente en determinada actividad tengan una fuerte opinión sobre cómo debe regularse esa actividad [… también resulta pertinente] el mecanismo de aprobación de la resolución”); Akehurst, nota 36 *supra*, págs. 6 y 7.

[124] Higgins, nota 119 *supra*.

[125] Véase también Öberg, nota 117 *supra*, pág. 896 (“Es cierto que en la práctica puede ser difícil trazar una distinción entre lo que, por un lado, constituye una mera interpretación o declaración y lo que, por otro, es verdaderamente creativo”).

[126] Véase también *Memorandum of The Office of Legal Affairs of the Secretary General of the United Nations*, E/CN.4/L.610, 2 de abril de 1962 (“Tanto las ‘declaraciones’ como las ‘recomendaciones’ se aprueban por medio de una resolución de un órgano de las Naciones Unidas. Por ello no pueden convertirse en obligatorias para los Estados Miembros, en el sentido de que un tratado o convención es vinculante para las partes, simplemente por denominarlas ‘declaración’ en vez de ‘recomendación’ […]. Sin embargo, en vistas de la mayor solemnidad y trascendencia de una ‘declaración,’ puede considerarse que conlleva, en nombre del órgano que la aprueba, la fuerte expectativa de que los miembros de la comunidad internacional van a acatarla. Por lo tanto, en la medida en que la expectativa va quedando gradualmente justificada por la práctica de los Estados, una declaración puede, por costumbre, reconocerse como un instrumento que sienta normas vinculantes para los Estados”); E. Suy, “Innovation in International Law-Making Processes”, en R. St. John Macdonald et al. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), págs. 187 y 190 (“Las facultades de la Asamblea General se limitan a la aprobación de las resoluciones. Las resoluciones son meras recomendaciones sin fuerza vinculante para los Estados Miembros. Las declaraciones solemnes aprobadas por unanimidad o por consenso no tienen un estatuto distinto, aunque su impacto moral y político será un factor importante en la orientación de las políticas nacionales. Las declaraciones a menudo contienen referencias a normas vigentes del derecho internacional. No las crean, sino que solo las repiten y les dan su apoyo. Otros principios que figuran en esas declaraciones pueden parecer nuevas declaraciones de normas jurídicas, pero el mero hecho de que se las apruebe no les confiere ninguna autoridad específica ni automática […]. La Asamblea General, mediante sus declaraciones solemnes, puede, por lo tanto, dar un ímpetu importante al surgimiento de nuevas normas, a pesar de que la aprobación de declaraciones en sí misma no les otorga la calidad de normas vinculantes”); *KAING Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, sentencia de apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párr. 194 (“La Declaración sobre la Tortura de 1975 es una resolución no vinculante de la Asamblea General, y por lo tanto, es necesario contar con más pruebas para llegar a la

y deben evaluarse con cuidado: en primer lugar, solo en ciertas circunstancias, como se sugirió anteriormente, puede "entenderse que [la conformidad de los Estados con ese texto] constituye una aceptación de la validez de la norma o del conjunto de normas declarados en la resolución"[127]. En segundo lugar, la norma de que se trate también debe ser observada en la práctica de los Estados[128].

---

conclusión de que la definición de tortura que figura en ella refleja el derecho internacional consuetudinario de ese momento").

[127] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America),* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14 y ss., en especial pág.100, párr. 188 ("Las consecuencias de consentir el texto de esas resoluciones no pueden entenderse meramente como una 'reiteración o elucidación' del compromiso convencional asumido en la Carta. Por el contrario, pueden entenderse como la aceptación de que la norma o conjunto de normas que se plasman en la resolución tienen validez por sí mismas"). Véase también pág. 184 (opinión separada del Magistrado Ago) ("Asimismo, me siento obligado a expresar mis dudas respecto de la idea […] de que la aceptación de ciertas resoluciones o declaraciones formuladas en el marco de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, así como en otros contextos, puede considerarse una prueba concluyente de la existencia entre los Estados en cuestión, de una *opinio juris* concordante con la fuerza de una auténtica norma de derecho internacional"); I. Detter, "The Effect of Resolutions of International Organizations", en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), págs. 381 y 387 ("Un voto muy mayoritario de la Asamblea General puede constituir un indicio de que existe una norma jurídica, pero no constituye una prueba concluyente de ello: cada situación debe examinarse teniendo en cuenta su propio mérito. Si las recomendaciones reflejan el derecho ya existente, naturalmente, no son las recomendaciones las que son vinculantes por su propia fuerza en esos casos: son vinculantes en razón de la fuente subyacente de la obligación en los tratados o derecho consuetudinario"); Schachter, nota 57 *supra*, en especial pág. 730 ("El apoyo a las resoluciones de la Asamblea que declaran el derecho deberían evaluarse a la luz de las condiciones que rodean esa acción. No es para nada claro que el hecho de que se haya votado a favor de una resolución que declare el derecho sea por sí mismo prueba concluyente de la creencia de que la resolución expresa una norma jurídica. Pueden concurrir otros factores"); Gaja, nota 55 *supra*, pág. 40 ("una resolución en que se declara la existencia de cierto principio o norma de derecho internacional puede considerarse una expresión de la *opinio juris* de casi la totalidad de los Estados: los que votaron a favor o los que aceptaron la resolución por consenso. Sin embargo, una razón por la que se duda en dar peso a esa resolución como expresión de la *opinio juris* es que la resolución a menudo se acepta "solo como declaración de una intención política y no como la formulación de derecho", como lo señaló el Gobierno de los Estados Unidos al explicar su voto a favor de la resolución sobre la no injerencia"); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), artículo 103, comentario ("Las organizaciones internacionales en general no tienen autoridad para crear derecho, y su determinación del derecho a menudo no acarrea un peso especial, sin embargo sus afirmaciones de carácter declaratorio prueban en alguna medida lo que los Estados que votaron a favor consideran que constituye derecho. El valor probatorio de esas resoluciones es variable. A las resoluciones de organizaciones internacionales de carácter universal, si no son controvertidas y se adoptan por consenso o virtual unanimidad, se les confiere un peso considerable").

[128] Véase también Bernhardt, nota 62 *supra*, págs. 247 y 267 ("debe admitirse que las declaraciones verbales no pueden crear normas de derecho consuetudinario si la práctica real es diferente"); S. M. Schwebel, "United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law", en A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), págs. 203 y 210 ("Tener carácter declaratorio significa ser un reflejo de las percepciones y la práctica de la comunidad internacional en su conjunto; si se quiebra un espejo, su reflejo no puede no mostrar esa quebradura. No solo se exige unanimidad virtual o, por lo menos, el apoyo decidido de todos los grupos; también se exige conformidad con la práctica de los Estados, si se quiere que lo que se declara derecho vigente constituya una declaración de lo que realmente existe. La Asamblea

52. Es posible que las resoluciones también "ejerzan una fuerte influencia en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario"[129], que es lo que ocurre cuando una resolución da impulso al desarrollo de una práctica general aceptada como derecho de conformidad con su texto. Dicho de otro modo, "la resolución puede ser un texto en que se reúnan las posiciones de los Estados, y en ese caso puede tener el efecto de constituir una exhortación que influya en la conducta de los Estados"[130]. Asimismo, una resolución puede consolidar una norma emergente de derecho internacional consuetudinario[131].

General, al no estar dotada de facultades legislativas, no puede crear ni derogar derecho con solo decirlo (y ello es así, incluso si lo hace por unanimidad y en repetidas ocasiones). Los Estados que se reúnen en la Asamblea General solo pueden declarar el derecho cuando tienen la intención de hacerlo, algo que ocurre excepcionalmente, y cuando lo hacen con arreglo a la práctica de los Estados en que este se funda").

129 Danilenko, nota 35 *supra*, pág. 25.

130 Sloan, nota 119 *supra*, pág. 70. Véase también Corte Suprema de El Salvador, causa núm. 26-2006 (12 de marzo de 2007), págs. 14 y 15 ("las declaraciones internacionales despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en el sentido que proponen una conducta no obligatoria, pero deseable […] las declaraciones anticipan una *opinio juris* (conciencia de obligatoriedad), a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional […] las declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones [incluidas en esas declaraciones]"); Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, párr. 39 ("El documento [proyecto de codificación de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados] fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001. Esto, sin embargo, no conduce *eo ipso* a la aplicación del derecho consuetudinario, ni a que sea jurídicamente vinculante por otra razón, pero puede servir como indicación de que existe la convicción jurídica que es necesaria para constituir derecho consuetudinario"); *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests* (New Zealand v. France) *Case, I.C.J. Reports 1995*, pág. 288 y ss., en especial pág. 406 (opinión disidente del Magistrado Geoffrey Palmer) ("Puede afirmarse con confianza que algunos de los principios formulados en la Declaración [de Estocolmo] [de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano] han recibido un apoyo tan amplio en la práctica de los Estados, que se añade a un sentimiento de parte de los Estados de que son jurídicamente vinculantes de modo que ahora han pasado a integrar el marco del derecho internacional consuetudinario"); Conclusiones de la 30° Comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que pueden consultarse en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF, Conclusión 1, Conclusión 22 ("Los principios y las normas proclamados en una resolución pueden influir en la práctica de los Estados, o iniciar una nueva práctica que constituya un ingrediente de un nuevo derecho consuetudinario. Una resolución puede contribuir a la consolidación de la práctica del Estado, o a la formación de la *opinio juris communis*").

131 Véase también Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 70 ("Ciertamente puede aceptarse que una resolución de la Asamblea General pueda contribuir al proceso de cristalización, y que la existencia de una resolución que declare, o se proponga declarar el derecho solo requerirá una prueba relativamente menor de la práctica real para apoyar la conclusión de que la norma en cuestión ha pasado a constituir una norma de derecho consuetudinario general. Sin embargo, cabe destacar que la Asamblea no puede modificar el derecho ni crear derecho nuevo […] La idea de que el derecho sea *creado* por una resolución de la Asamblea General resulta […] inapropiada excepto en ciertas áreas limitadas, vinculadas con la Carta"); Conclusiones de la 30° Comisión del Instituto de Derecho Internacional respecto de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que pueden consultarse en http://www.idi-

53. La Asamblea General de las Naciones Unidas solo puede formular recomendaciones, y sus resoluciones no son vinculantes de por sí[132]. Como se señala más arriba, es muy posible que esas recomendaciones tengan un papel transcendente en la formación y la determinación del derecho internacional consuetudinario; sin embargo, no pueden por sí mismas generar ese tipo de derecho *ipso facto*[133], lo que responde no solo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, sino también al requisito básico de que debe existir una práctica general (aceptada como derecho) para que una surja (o se considere demostrada) una norma de derecho internacional consuetudinario: "Lo más que se puede decir [de las resoluciones de la Asamblea General] es que su aprobación por una abrumadora mayoría (o incluso por unanimidad) constituye un indicio de *opinio juris sive necesitatis*; sin embargo, ello de por sí no crea derecho si no existe una práctica concomitante, y esa práctica no se genera hasta que los Estados modifican sus políticas y legislaciones nacionales"[134]. En otras palabras, "la resolución no surte ningún efecto jurídica en sí

---

iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF, Conclusión 14 ("En situaciones en que una norma de derecho consuetudinario está emergiendo de la práctica de los Estados o cuando todavía exista duda sobre si una regla constituye una norma jurídica, aunque ya haya sido aplicada por un órgano internacional o por algunos Estados, una resolución que haya sido aprobada sin que mediaran votos negativos ni abstenciones puede consolidar una costumbre o eliminar dudas que podrían haber existido").

132 Excepto las que se refieren a asuntos presupuestarios y otros asuntos internos de las Naciones Unidas. Véase también, por ejemplo, S. M. Schwebel, "The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73 (1979), pág. 301 ("Resulta manido señalarlo pero no es menos cierto que la Asamblea General de las Naciones Unidas carece de facultades legislativas. Sus resoluciones no son, en términos generales, vinculantes para los Estados Miembros de las Naciones Unidas ni vinculantes en derecho internacional en general. Difícilmente podría ser de otro modo. No tenemos una asamblea legislativa a nivel mundial […] ninguna disposición de la Carta da a entender que la Asamblea tenga el poder de crear normas legislativas o modificar el derecho internacional").

133 Sin embargo, véase *Western Sahara,* opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975,* pág. 12 y ss., en especial pág. 99 (opinión separada del Vicepresidente Ammoun) ("La Asamblea General ha afirmado la legitimidad de esa lucha [para liberarse de la dominación extranjera] en al menos cuatro resoluciones […] que, consideradas en su conjunto, constituyen una costumbre"); B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), págs. 23 y 37 ("no hay razón que impida que una *opinio juris communis* crezca en un lapso muy breve entre todos o simplemente algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el resultado de que entre ellos nazca una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco hay motivo alguno que les impida utilizar una resolución de la Asamblea General para 'positivizar' su nueva *opinio juris* común"); *ILA London Statement of Principles*, pág. 61 ("Las resoluciones que se aceptan por unanimidad o prácticamente por unanimidad, y que revelan la clara intención de quienes las apoyan de establecer una norma de derecho internacional son capaces, muy excepcionalmente, de crear un norma de derecho consuetudinario general por el mero hecho de haberlas aprobado […]"); G. H. Lockwood, "Report on the Trial of Mercenaries: Luganda, Angola", *Manitoba Law Journal*, 7 (1977), págs. 183 y ss., en especial págs. 195 y 197; R. Wolfrum, "Sources of International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), párr. 43 ("las resoluciones de la Asamblea General aprobadas por consenso o por unanimidad pueden considerarse práctica de los Estados, estableciendo de ese modo nuevas normas de derecho internacional consuetudinario").

134 Suy, nota 126 *supra*, pág.190. Véase también *South West Africa, Second Phase,* fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6 y ss., en especial págs. 169 y 170 (opinión separada del Magistrado Van Wyk) ("Los solicitantes no buscan aplicar las normas tradicionales relativas a la creación del derecho consuetudinario. Por el contrario, el argumento de los peticionantes implica la

misma y debe examinarse si existe en realidad una opinión general, sostenida por los Estados, de que la resolución expresa una norma obligatoria de derecho internacional, que permite sostener que ciertos casos de práctica de los Estados que aplican esa norma están motivados por ella"[135]. Las repetidas declaraciones que figuran en resoluciones consecutivas no son distintas en este sentido[136].

---

novedosa proposición de que los órganos de las Naciones Unidas poseen algún tipo de competencia legislativa que les permitiría obligar a una minoría disidente. Resulta claro de las disposiciones de la Carta que no tienen esa competencia, y en mi opinión sería totalmente erróneo importarla dándole una insostenible y novedosa interpretación al Artículo 38 1) b) del Estatuto de esta Corte"); T. Buergenthal, S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5ª edición (West Publishing, 2013), pág. 36 ("el modo en que votan los Estados y lo que sostienen en las organizaciones internacionales es una forma de la práctica de los Estados. Su trascendencia en el proceso de elaboración de normas depende de la medida en que esa práctica del Estado resulta coherente con la conducta y los pronunciamientos contemporáneos de los Estados en otros contextos"); Tomka, nota 26 *supra*, pág. 211 ("La resolución no tiene efectos por sí misma, y debe considerarse si existe realmente una opinión general, que sostengan los Estados, en el sentido de que la resolución expresa una norma vinculante de derecho internacional, de tal modo que los casos de la práctica de los Estados con arreglo a dicha norma podrían considerarse motivados por ella"); Öberg, nota 117 *supra*, pág. 904 ("Dado que las resoluciones solo contribuyen a formar la *opinio juris*, en tanto que el elemento de la práctica del derecho consuetudinario es, en la jurisprudencia actual de la Corte Internacional de Justicia, externo, las resoluciones no surten ningún efecto sustantivo que sea real y autónomo. Sus efectos son, se podría decir, pre-sustantivos, y sientan las bases para que pueda tener un efecto sustantivo real si se proporciona el elemento faltante"); P. de Visscher, "Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies", en *Festschrift für Rudolf Bindschedler* (Stämpfli, 1980) págs. 173 y 182 ("En efecto, las votaciones, incluso unánimes y repetidas, de esas resoluciones no constituirán jamás la práctica entre Estados que es el primer elemento de toda costumbre. Esas votaciones pueden, sin embargo, en cuanto a la génesis misma de una costumbre, constituir el elemento subjetivo de esta, es decir, la *opinio juris* o la convicción de que se trata de una norma jurídica. Es lo que conocemos habitualmente cuando hablamos como consolidación o cristalización de una costumbre en vía de formación. Además, esas votaciones proporcionan un elemento de prueba que persuade de la existencia de una costumbre cuestionada"); A. M. Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), págs. 295 y 363 ("Hay otro problema que va más allá del que presenta el hecho de que los Estados y sus representantes sepan que las resoluciones de la Asamblea General no tienen efectos jurídicos – un problema de lógica […] la votación de una resolución puede indicar que existe *opinio juris* solo si compromete al Estado que emite el voto con la proposición de que lo que la resolución establezca será jurídicamente vinculante. En cambio, si la votación no es vinculante, no es claro cómo podría comprometer al Estado a algo"); M. Mendelson, "The International Court of Justice and the Sources of International Law", en V. Lowe, M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), pág. 87 ("si bien es discutible que formular una declaración o emitir un voto en la Asamblea constituya una forma (débil) de la práctica, tratar la misma acción como práctica y *opinio juris* a la vez parece, como ya se ha señalado, ser una forma de contar dos veces que no es permisible, no solo porque no cuadra con la determinación de la Corte de que deben existir dos elementos separados para que una norma constituya derecho consuetudinario, sino también porque la consecuencia sería la creación de 'derecho (consuetudinario) instantáneo'. Esto es algo que no fue parte de la intención de los autores de la Carta, y que, incluso hoy, los Estados en general no dan muestras de aceptar").

[135] Tomka, nota 26 *supra*, en especial pág. 211 (en que añade que "a fin de cuentas, es la 'práctica general aceptada como derecho' lo que constituye la fuente de la costumbre, aunque determinar que los Estados aceptan una cierta resolución de la Asamblea General como instrumento normativo constituirá una importante prueba de que la práctica concordante se acepta como derecho"). Véase también I. MacGibbon, "Means for the Identification of International Law.

54. Se propone el siguiente proyecto de conclusión, que se incluirá en la nueva **quinta parte:**

Proyecto de conclusión 13

Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales

Las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo; no pueden, por sí mismas constituir ese derecho.

General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", en B. Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice (Stevens & Sons, 1982), págs. 10 y 22 ("La función que cumplen las resoluciones es […] solo indirecta. Es posible que dé inicio a una práctica futura; puede aclarar o confirmar la práctica actual o pasada; es parte del proceso de formación del derecho, pero no es en sí misma creadora de derecho. El efecto que produce la creación del derecho o el efecto vinculante surge de la combinación de la práctica pertinente y la aceptación como derecho"); P.-M. Dupuy, "Théorie des sources et coutume en droit international contemporain", en *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga* (Fundación de Cultura Universitaria, 1994), págs. 51 y 67 ("el asentimiento del Estado al carácter jurídicamente vinculante de esas normas [declaraciones de la Asamblea General] será siempre necesario bajo una forma u otra, sea que se trate de una declaración formal en su favor, de una práctica efectiva que demuestre la convicción de su autor o de un silencio que tarde o temprano será considerado como una aprobación").

[136] Véase también MacGibbon, nota 135 *supra*, en especial pág.17 ("En efecto, la ausencia de toda nueva norma convencional o consuetudinaria de derecho internacional que confiera a la Asamblea General la capacidad de crear el derecho de que carece en la actualidad parece destinada a hacer fracasar todo intento de atribuir efectos jurídicamente vinculantes sea a una única resolución de la Asamblea General en particular o a una serie o sucesión de resoluciones de esa índole, por numerosas que sean. Una recomendación no se traduce en una obligación jurídica simplemente por el hecho de ser reafirmada o citada nuevamente, con independencia de cuántas veces lo sea […]. La mera repetición no produce una modificación mágica de la naturaleza jurídica de una resolución"); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., pág. 532 (opinión disidente del Magistrado Weeramantry) ("Las declaraciones de la Asamblea General, principal órgano representativo de la comunidad mundial, quizás no constituyan derecho por sí mismas, pero, cuando se reiteran en forma continua, [pueden] con igual frecuencia y fuerza afianzar considerablemente la opinión [sobre qué constituye una norma de derecho internacional consuetudinario"); *Nuclear Tests (Australia* v. *France),* fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253 y ss., en especial págs. 435 y 436 (opinión disidente del Magistrado Barwick) ("… puede que […] las resoluciones de las Naciones Unidas y otras expresiones de la opinión internacional, por muy frecuentes, numerosas y enérgicas que sean, no sean suficientes para justificar la tesis de que el derecho internacional consuetudinario comprende ahora la prohibición de realizar ensayos de armas nucleares"). Sin embargo, véase *South West Africa, Second Phase,* fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6 y ss., en especial pág. 292 (opinión disidente del Magistrado Tanaka) ("Evidentemente, no podemos admitir que resoluciones, declaraciones, sentencias, decisiones, etc., tengan por separado fuerza vinculante para los miembros de la organización. Lo que requiere el derecho internacional consuetudinario es la repetición de la misma práctica; en consecuencia, en este caso es necesario que se hayan adoptado de manera reiterada resoluciones, declaraciones, etc., sobre el mismo tema en la misma organización o en organizaciones distintas").

V. Jurisprudencia y doctrina

55. Las decisiones judiciales y las obras de los publicistas (doctrina) son medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional (Artículo 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Como tales, es posible que sea pertinente tenerlas en cuenta en relación con todas las fuentes formales de derecho internacional, y ello es especialmente así en el caso del derecho internacional consuetudinario[137].

56. El Artículo 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente:

> "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
>
> […]
>
> d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

57. La importancia práctica de la jurisprudencia y la doctrina en lo que respecta a la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario fue puesta de relieve en el memorando de la Secretaría, en que se señala que "en muchas ocasiones la Comisión, en su análisis del derecho internacional consuetudinario, ha examinado decisiones judiciales y los escritos de la doctrina"[138]. En el memorando se incluyen cinco "observaciones" en que se hace referencia a estas cuestiones, con ejemplos[139].

---

[137] También es posible que sean pertinentes en relación con los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38.1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esos principios son una fuente de derecho distinta del derecho internacional consuetudinario, y como tal exceden el alcance del tema actual. Cuando van acompañados de la práctica y la *opinio juris*, pueden cristalizarse en normas de derecho internacional consuetudinario (H. Waldock: "siempre existirá la tendencia de que un principio general de derecho nacional que se encuentre reconocido en el derecho internacional se cristalice en el derecho consuetudinario" (nota 33 *supra*, en especial págs. 39 y 62)). Es posible que esos principios se conviertan en una 'fuente transitoria', en el sentido de que su utilización en repetidas ocasiones a nivel internacional podría transformarlas en normas de derecho internacional consuetudinario: A. Pellet, "L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale", 329 *Recueil des cours* (2007), pág. 26.

[138] *Memorando de la Secretaría*, párr. 30.

[139] *Ibid.*, párrs. 30 a 33. Las observaciones 1 y 15 a 18 establecen lo siguiente:

- "Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha realizado frecuentemente un estudio de toda la documentación disponible sobre la práctica general de los Estados, así como sobre sus actitudes o posiciones, a menudo poniéndola en relación con los fallos de los tribunales internacionales y la doctrina."
- "En algunas ocasiones, la Comisión se ha apoyado en las decisiones de tribunales internacionales considerando que expresaban con autoridad el estatus de una norma de derecho internacional consuetudinario".
- "Además, la Comisión se ha apoyado con frecuencia en decisiones judiciales como un factor que respaldaba la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario."

A. Jurisprudencia[140]

58. Es posible que las decisiones[141] de los tribunales nacionales desempeñen un doble papel en relación con el derecho internacional consuetudinario: no solo como práctica de los Estados[142], sino también como forma de determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario[143]. En este último respecto, debe examinárselas con especial cautela, dado que "los tribunales nacionales consideran el derecho internacional de forma distinta a cómo lo consideran los tribunales internacionales"[144].

59. Si bien las decisiones de los tribunales internacionales en lo que respecta a la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido no

---

– "En ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia."

– "Con frecuencia, la Comisión ha examinado la doctrina para determinar normas del derecho internacional consuetudinario."

140 Véase H. Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), pág. 65; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 2ª edición (Stevens, 1958, reimpreso en Grotius, 1982, Cambridge University Press, 1996); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), págs. 91 a 103; R. Jennings, "The Judiciary, National and International, and the Development of International Law", 102 *International Law Reports*, págs. ix a xiii; R. Jennings "Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law", en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica Napoli, 2004), págs. 319 a 338; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª edición, Vol. 1 (Longman, 1992), págs. 41 y 42; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 1552 a 1558; P. Daillier, M. Forteau, y A. Pellet, *Droit International Public*, 8ª edición (L.G.D.J., 2009), párrs. 259 y 260; Pellet, nota 20 *supra*, en MN 306-334; Crawford, nota 20 *supra*, págs. 37 a 42; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence* (Oxford University Press, 2013), págs. 247 a 252 y 1206 a 1210; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª edición (tecnos, 2013), págs. 127 a 131; Shaw, nota 22 *supra*, págs. 78 a 80.

141 El término "decisiones" en este contexto incluye las opiniones consultivas y las providencias que se dictan en los incidentes. Si bien las cortes y tribunales internacionales son a menudo órganos de organizaciones internacionales, es más pertinente considerar que sus decisiones constituyen medios subsidiarios para determinar las normas de derecho más que considerar que contribuyen como "práctica" de la organización.

142 A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 41 e). Véase también A. Gattini, "Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale", en D. Alland et al. (eds.), *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (Martinus Nijhoff, 2014), págs. 253 a 273.

143 Esto es algo que se cuestiona a veces, pero es difícil ver por qué las decisiones de los tribunales nacionales, en que a menudo se plantean cuestiones de derecho internacional, deberían quedar excluidas de la expresión "decisiones judiciales" del Artículo 38.1 d) del Estatuto de la Corte. No hay razón para suponer que los autores del Estatuto se propusieron ese resultado.

144 C. Greenwood, 'The Contribution of National Courts to the Development of International Law', Conferencias Anuales "Grotius", 4 de febrero de 2014, cuyo resumen puede consultarse en línea en <http://www.biicl.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf>. Sobre dos estudios recientes de tribunales nacionales, véase A. Reinisch, P. Bachmayer, "The Identification of Customary International Law by Austrian Courts", disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788>; A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (Dalloz, 2015).

constituyen “práctica”, sí cumplen una función importante como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”[145].

60. La doctrina de *stare decisis* no existe en derecho internacional[146]. No puede decirse que las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales sean decisivas en lo que respecta a la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, dado que su peso varía según la calidad del razonamiento, la composición del órgano jurisdiccional y el número de magistrados que haya constituido mayoría para adoptar la decisión. Además, es necesario tener en cuenta que el derecho internacional consuetudinario puede haberse seguido desarrollando desde la fecha en que se adoptó esa decisión en particular[147]. Sin embargo, a menudo se considera que las decisiones judiciales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia y las de tribunales especializados, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, tienen mucho peso[148]. Lo mismo puede decirse de ciertos laudos arbitrales[149].

---

[145] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 46; sin embargo véase Bernhardt, nota 62 *supra*, pág. 270 (“Como es bien sabido, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona entre sus fuentes de derecho internacional las decisiones judiciales, aunque solo “como medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho”. Esta fórmula subestima el papel que desempeñan las decisiones de los tribunales internacionales en el proceso de creación de normas. Las sentencias que han sido elaboradas de forma convincente a menudo ejercen una importante influencia en el proceso de creación de normas, incluso si en teoría los tribunales aplican el derecho vigente y no crean derecho nuevo”). De todos modos, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales y la doctrina pueden constituir también fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados: véase *Memorando de la Secretaría*, observación 17 y párr. 33. Véase también J. A. Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, *Annuaire Français de Droit International*, 36 (1990), págs. 9 y 22 (“El derecho consuetudinario también puede crearse a través de las decisiones de los tribunales internacionales. Por lo tanto, hemos considerado que la norma según la cual una parte no puede oponer a otra el incumplimiento de una obligación ni el hecho de no haber interpuesto un recurso judicial si la primera, actuando de forma contraria a derecho, ha impedido a la segunda cumplir esa obligación o recurrir al órgano jurisdiccional, es ‘un principio generalmente reconocido por la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales’. Las principales normas que constituyen la base de un procedimiento arbitral han sido establecidas por la práctica de los tribunales arbitrales. En ese sentido, podemos citar en primer lugar la norma según la cual todo juez es juez de su propia competencia. Esta norma, conocida en general como ‘norma de la competencia de la competencia’, tiene su origen en los laudos arbitrales […]. La norma que otorga a un tribunal la facultad de dictar medidas de conservación pertenece hoy al derecho consuetudinario y ha sido creada por la jurisprudencia internacional. Asimismo, ciertas normas hermenéuticas tienen el mismo origen, y por ejemplo, puede mencionarse en ese sentido la norma del efecto útil”).

[146] G. Acquaviva, F. Pocar, “*Stare decicis*”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007).

[147] Véase también J. A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart, 2009), pág. 25 (“existe el peligro de que los Estados y los publicistas perciban las sentencias [de las cortes y los tribunales internacionales] como una expresión del derecho internacional, cuando, en realidad toda sentencia representa, en el mejor de los casos, una ‘imagen congelada’ de ese derecho”).

[148] Véase también J. Crawford, “The Identification and Development of Customary International Law”, discurso inaugural pronunciado en la Conferencia de Primavera de la sección británica de la Asociación de Derecho Internacional, el 23 de mayo de 2014 (“Incluso las sentencias de la Corte tienen un efecto vinculante solo entre las partes en la controversia, y son meramente un ‘medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho’, en la práctica se las considera ‘pronunciamientos de peso acerca del estado actual del derecho internacional’. Esto es evidente

61. Es innumerable la cantidad de casos en que se ha recurrido a decisiones judiciales a los efectos de determinar la existencia de normas internacionales de derecho consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia a menudo cita sus propias decisiones anteriores o las de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. En efecto, la Corte Internacional de Justicia parece demasiado renuente a apartarse de sus decisiones previas.

B. Doctrina[150]

62. A veces se sugiere que las obras de los publicistas fueron especialmente importantes para la sistematización e incluso para el desarrollo del derecho de las naciones en los siglos pasados[151]. Ahora se considera que su papel es quizás menos prominente, pero, aunque dependiendo en gran medida de su calidad, siguen constituyendo una fuente útil de información y análisis para la determinación de las normas del derecho internacional consuetudinario.

63. La función que cumplen "las enseñanzas de los publicistas más altamente calificados de las distintas naciones"[152] como forma subsidiaria de determinación de las normas de derecho fue correctamente captada en las palabras tan a menudo citadas del Magistrado Gray en la causa *The Paquete Habana*: "A esas obras recurren con frecuencia los tribunales judiciales, no para conocer las especulaciones de sus autores sobre qué debería constituir derecho, sino para encontrar en ellas pruebas fidedignas de qué es derecho en realidad"[153].

---

en la práctica de los Estados en respuesta a las decisiones de la Corte respecto del derecho internacional consuetudinario. Tras la decisión recaída en la causa *Nicaragua*, el carácter consuetudinario de los artículos 1 y 3 de los Convenios de Ginebra de 1949 'se da ahora por sentado y no se cuestiona casi nunca'. También es evidente en la influencia que la Corte ejerce sobre otras cortes y tribunales internacionales" (se omiten las citas)).

149 Existen distintas colecciones de laudos arbitrales, principalmente la importante publicación de las Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*.

150 Véase G. Schwarzenberger, "The Province of Doctrine of International Law", en G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems* (Stevens, 1956), págs. 235 a 265; J. François, "L'influence des publicistes sur le développement du droit international", en *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel* (Sirey, 1961), págs. 275 a 281; C. Parry, nota 140 *supra*, págs. 103 a 108; E. Münch, "Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht", en Université Genève et Institut de Hautes Études Internationales Genève, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Imprimerie de La Tribune Genève, 1968), págs. 490 a 507; M. Lachs, "Teachings and Teaching of International Law", 151 *Recueil des cours* (1976), págs. 161 a 252; A. Oraison, "Réflexions sur la 'doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations': Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées", *RBDI*, 24 (1991), págs. 507 a 580; Rosenne, nota 140 *supra*, págs. 1558 a 1560; Pellet, nota 20 *supra*, en MN 335-339; M. Wood, "Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010); Daillier, Forteau y Pellet, nota 140 *supra*, párrs. 256 a 258; M. Diez de Velasco, nota 140 *supra*, pág. 131; Thirlway, nota 18 *supra*, págs. 126 a 128; Shaw, nota 22 *supra*, págs. 80 y 81.

151 Greig sugiere que "antes de que existiera un gran cuerpo de prácticas de los Estados o de precedentes judiciales, los publicistas ostentaban una posición preeminente": D.W. Greig, *International Law* (Butterworth, 1970), pág. 40.

152 A menudo conocidos simplemente como 'obras de doctrina' u 'obras de los autores' ("*doctrine"* en francés).

153 *The Paquete Habana and The Lola*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos [8 de enero de 1900] 175 US 677, pág. 700 y ss. El Presidente del Tribunal Supremo, Magistrado Fuller, emitió

64. Las opiniones de los publicistas deben examinarse teniendo en cuenta a su vez varios factores, como la medida en que han procurado reflejar las posiciones de determinados Estados o grupos de Estados, el enfoque que han adoptado en lo que respecta a la determinación del derecho internacional consuetudinario, y si están procurando promover un punto de vista particular o formular propuestas para nuevas normas de derecho[154].

65. Entre las obras de doctrina, las obras colectivas pueden tener una importancia especial, en particular los textos y comentarios que dimanan de la labor de la Comisión de Derecho Internacional[155], aunque también las de los órganos privados como el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional. Sin embargo, como ocurre con todas las obras de doctrina, es importante, aunque no siempre fácil, distinguir entre las obras que describen el derecho internacional vigente (el derecho codificado, o *lex lata*) de las que encarnan normas de desarrollo progresivo (o *lex ferenda*). Como se ha señalado en relación con los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, "[L]os tribunales y quienes consulten los artículos deben hacerlo […] con cierto grado de circunspección. Deben […] ponderar la prueba al determinar el estado de ciertas disposiciones del proyecto"[156].

66. Los casos en que las decisiones se fundan expresamente en las obras de autores individuales (en vez de en las obras de la Comisión de Derecho Internacional y algunas otras obras colectivas) siguen siendo muy poco frecuentes

---

un voto en disidencia, y advirtió que las "elucubraciones [de los autores] pueden ser persuasivas, pero no tienen autoridad como derecho" (pág. 720).

154 R. Jennings, nota 140 *supra*, págs. 328 y 329 ("Estas y otras fuentes de doctrina pueden quizás dejar claro en determinados casos si se refieren a la cuestión de *lex lata* o *lex ferenda* […] grupos de presión que crean doctrina a menudo consideran que es ventajoso desdibujar la distinción y presentar sus propuestas como si se trataran de derecho vigente […]"). Véase también J. Kammerhofer, "Law-Making by Scholars", en C. Brölmann y Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, 2015, que se publicará próximamente), disponible en <SSRN:http://ssrn.com/abstract=2182547>.

155 Algunos ejemplos de ello son la referencia a la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua* v. *United States of America)* en lo que respecta al *ius cogens* (párr. 190); y la importancia que se da a la primera lectura en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado en la causa *Gabčikovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia)* (párr. 50). Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, por ejemplo en su fallo de 19 de diciembre de 2005 recaído en *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* (párr. 160), en que la Corte hizo referencia a los artículos 4, 5, y 8 de los artículos de 2001. Asimismo, en la causa *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, la Corte hizo amplia referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional. Véase también Tomka, nota 26 *supra*, pág. 202 ("las codificaciones de la Comisión de Derecho Internacional han resultado ser sumamente valiosas [para la Corte, al corroborar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario], en primer lugar en razón del carácter exhaustivo de los procedimientos utilizados por la Comisión de Derecho Internacional …").

156 M. Wood, "Weighing the articles on responsibility of international organizations", en M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), págs. 55 y 66.

en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia [157], lo que no necesariamente significa que esas obras no sean importantes, y de hecho a menudo se las invoca en opiniones separadas o disidentes, y en decisiones de otras cortes y tribunales internacionales y de órganos jurisdiccionales nacionales[158].

67. Se propone el siguiente proyecto de conclusión, que se incluirá en la nueva **quinta parte:**

Proyecto de conclusión 14

Jurisprudencia y doctrina

La jurisprudencia y la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para la determinación de las normas del derecho internacional consuetudinario.

VI. Pertinencia de las organizaciones internacionales

68. En el segundo informe se indicó que la práctica de las organizaciones internacionales también podía ser pertinente para la determinación del derecho internacional consuetudinario[159]. Dicho planteamiento recibió el apoyo mayoritario

---

[157] M. Peil, "Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1 (2012), pág. 136.

[158] Véase, por ejemplo, *Yong Vui Kong* v. *Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Tribunal Supremo de Singapur – Tribunal de Apelaciones, 14 de mayo de 2010), párrs. 95 y 98; Tribunal Constitucional Federal de Alemania, orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, párrs. 64 y 65; *Kaunda and Others* v. *The President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (4 de agosto de 2004), párrs. 25 a 29; *Prosecutor* v. *Ntakirutimana*, causas núm. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda), párr. 518; Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, causa penal núm. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), decisión respecto de la apelación contra la orden de los jueces de instrucción relativa a la empresa criminal conjunta (JCE), 20 de mayo de 2010, párr. 61 (en que se hace referencia a una causa anterior del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la cuestión); *Prosecutor* v. *Delalić*, causa núm. IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párr. 342; *KAING Guek Eav alias Duch*, causa núm. 001/18-07-2007-ECCC/SC, fallo en apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, Sala de la Corte Suprema (3 de febrero de 2012), párrs. 114 a 116; *Prosecutor* v. *Šainović and Others*, causa núm. IT-05-87-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 23 de enero de 2014, párr. 1647 (y referencia contenida en él); *2 BvR 1506/03*, orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003 (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), párr. 47; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area,* opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, párr. 169.

[159] A/CN.4/672, párrs. 43 y 44. El segundo informe proponía que por "organización internacional" se entendiera (a los efectos del proyecto de conclusiones) "una organización intergubernamental". Sin embargo, en 2014 el Comité de Redacción consideró que tal vez fuera prematuro elegir entre las posibles definiciones hasta que no se examinara el presente informe. La intención del Relator Especial es que la expresión "organización internacional" en el proyecto de conclusiones debería referirse a las organizaciones con personalidad jurídica internacional cuyos miembros son principalmente Estados u otras organizaciones internacionales. En la actualidad, el Relator Especial no considera necesario incluir una definición en el proyecto de conclusiones, siempre que se dé una explicación en el comentario. Se trata de una cuestión que el Comité de Redacción tal vez desee considerar más a fondo.

de la Comisión[160], aunque surgieron varios interrogantes en cuanto a la naturaleza particular de tal función[161]. El proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, disponía:

> "En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o expresión de las normas del derecho internacional consuetudinario."

En una nota de pie de página del informe del Presidente del Comité de Redacción se indicó que el proyecto de conclusión 4 [5] sería examinado nuevamente por la Comisión en su período de sesiones de 2015 teniendo en cuenta el análisis de la cuestión de la práctica de las organizaciones internacionales que se realizara en el presente informe. En una nota al proyecto de conclusión 6 [7] se señalaba igualmente que "en el futuro se examinarían las formas de la práctica de las organizaciones internacionales"[162].

69. Recientemente, la Comisión ha tenido la oportunidad de referirse a las diferencias entre los Estados y las organizaciones internacionales. En su comentario general de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de 2011, la Comisión indicó:

> "Las organizaciones internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas ('principio de especialidad'). Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas[163]."

70. Los Estados siguen siendo los principales sujetos de derecho internacional y, como se explicó en el segundo informe, es principalmente su práctica la que

---

[160] La Comisión reconoció ya en 1950 que "las pruebas de una práctica acumulativa de las organizaciones internacionales puede considerarse una prueba del derecho internacional consuetudinario en lo que respecta a las relaciones de los Estados con las organizaciones" ("Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available", informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones (A/CN.4/34), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950*, vol. II, pág. 372, párr. 78); véase también el *Memorando de la Secretaría*, observación 13 ("En determinadas circunstancias, la Comisión se ha basado en la práctica de organizaciones internacionales para determinar que existía una norma de derecho internacional consuetudinario, remitiéndose a diversos aspectos de la práctica de las organizaciones internacionales, como sus relaciones externas, el ejercicio de sus funciones y las posturas adoptadas por sus órganos con respecto a situaciones concretas o cuestiones generales de las relaciones internacionales").

[161] Véase, por ejemplo, la intervención del Sr. Murphy: acta resumidaA/CN.4/SR.3224) (16 de julio de 2014). Para una ulterior reflexión sobre algunas de las cuestiones planteadas, véase M. Wood, "International Organizations and Customary International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48 (2015).

[162] Véase también el *Informe provisional del Presidente del Comité de Redacción*, 7 de agosto de 2014, págs. 9 y 10.

[163] Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Comentario general, párr. 7 (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2011*, A/66/10, párr. 88), reproducido en M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), págs. 449 a 451.

contribuye a la formación y expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario[164]. También son los Estados los que (en su mayor parte) crean y controlan las organizaciones internacionales, y les otorgan atribuciones para que desempeñen, como personas jurídicas internacionales autónomas, una serie de funciones en el plano internacional destinadas a conseguir ciertos objetivos comunes a sus miembros[165]. Por lo tanto, en general, "parece prematuro equiparar las atribuciones normativas [que algunas organizaciones internacionales pueden tener] con una verdadera facultad autónoma de crear disposiciones jurídicas"[166]; al

---

[164] A/CN.4/672, párr. 43.

[165] Véase también L. Hannikainen, "The Collective Factor as a Promoter of Costumary International Law", *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), págs. 125 y 130 ("La creciente importancia de las organizaciones internacionales no significa que hayan superado a los Estados o constituyan una grave amenaza para su soberanía. Los Estados siguen siendo los principales actores en la escena internacional; como fundadores y miembros de las organizaciones internacionales, pueden controlar esas instituciones creadas por ellos, incluso disolverlas. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que los Estados deliberadamente han atribuido a las organizaciones internacionales distintos tipos de poderes, otorgando incluso facultades supranacionales a determinadas organizaciones internacionales […]"); A. Roberts, S. Sivakumaran, "Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law", *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), págs. 107, 117 y 118 ("Desde el punto de vista normativo, los órganos a los que se atribuyen facultades estatales son creados por los Estados y reciben sus atribuciones de ellos, lo que permite argumentar que cualquier facultad normativa que dichos órganos ejerzan se deriva del consentimiento del Estado. Además, después de realizar la delegación inicial de atribuciones normativas, los Estados conservan diversas facultades oficiales y oficiosas para sancionar a los órganos receptores de dichas atribuciones si se extralimitan en sus actividades de elaboración de disposiciones […]. Por consiguiente, cualquier función que los referidos órganos desempeñen en la creación de normas depende del consentimiento inicial del Estado y de, cuando menos, cierto grado de consentimiento que el Estado mantiene a lo largo del tiempo"); C. Parry, nota 140 *supra*, págs. 8 y 9 ("en caso de que se identifique algún elemento de legislación internacional en las operaciones de las organizaciones internacionales, los entusiastas de esas estructuras harían bien en recordar que la teoría en que se basa su creación es la de las facultades delegadas del Estado"). Los Estados (tanto los miembros de las organizaciones como los que no lo son) también pueden formular objeciones al comportamiento de una organización internacional: véase, por ejemplo, D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005), pág. 116 ("puede que un Estado formule objeciones de manera persistente a la forma en que se ejerce la delegación de poderes *dentro* de una organización precisamente para evitar cualquier norma consuetudinaria futura que pueda derivarse de actos de la organización que vinculen al Estado y, por lo tanto, limiten su ejercicio unilateral de facultades *fuera* del contexto de la organización"); J.E. Álvarez, *International Organization as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), pág. 593.

[166] Prost y Clark, nota 122 *supra*, págs. 354, 367 y 368 (donde se añade que "el factor decisivo, a estos efectos, es si la organización es capaz de expresar una voluntad verdaderamente autónoma, es decir, una voluntad que no solo es la suma de las voluntades individuales de sus miembros, y si esa voluntad independiente es vinculante para los Estados miembros […]. Sobre esta cuestión, sigue existiendo […] un amplio debate […]. En la actual etapa de desarrollo de la comunidad jurídica internacional, las organizaciones internacionales siguen siendo en gran medida incapaces de dar lugar al surgimiento de facultades que sean realmente autónomas de los Estados soberanos. De hecho, la lógica institucional nunca eclipsa la lógica de los Estados. Por el contrario, presupone, refleja y, en cierta medida, intensifica el sistema de los Estados-nación" (se omiten las citas)). Véase también J. Klabbers, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", en E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), págs. 179, 183 ("Para decir algo sensato sobre el papel de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario, se requiere una cierta perspectiva sobre la relación entre las

mismo tiempo, teniendo en cuenta que, de hecho, "los sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en el alcance de sus derechos, y que su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad"[167], es evidente que el ejercicio por las organizaciones internacionales de sus funciones puede ser de interés para la determinación del derecho internacional consuetudinario. Este concepto general recibió un apoyo considerable en el debate que la Sexta Comisión mantuvo en 2014[168].

71. Para empezar, hay que hacer una doble distinción. En primer lugar, y esto es fundamental, hay que distinguir entre la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales como tales. Aunque puede que esto no siempre sea fácil de hacer (en particular cuando el órgano competente de una organización está integrado por Estados)[169] y la doctrina suele ser poco clara al respecto, en principio

---

organizaciones y sus miembros. Por un lado, los que consideran que las organizaciones son poco más que vehículos de sus Estados miembros apenas tendrán problemas para aceptar la idea de que los actos de los órganos [de las organizaciones internacionales] pueden de algún modo considerarse actos de los Estados. Por el otro, puede que quienes insisten en la identidad autónoma de la organización no se inclinen tan fácilmente por considerar los actos de las organizaciones como actos del Estado").

[167] *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports, 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 178.

[168] Véanse, por ejemplo, las declaraciones en nombre de Austria, Francia, Grecia, la República Islámica del Irán (las organizaciones internacionales como pertinentes para la determinación del derecho internacional consuetudinario "en la medida en que refleja la práctica de los Estados"), Jamaica, República de Corea, los Países Bajos, los países nórdicos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Trinidad y Tabago y los Estados Unidos ("en algunas circunstancias definidas") (véanse las actas resumidas; las declaraciones literales también están disponibles en línea en el portal PaperSmart de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/en/ga/sixth/>).

[169] Como declaró la Sra. Jacobsson, "a veces puede [...] ser difícil distinguir [a los Estados y las organizaciones internacionales] en lo que respecta a su participación" (acta resumida A/CN.4/SR.3226 (17 de julio de 2014)). Véase también Akehurst, nota 36 *supra*, pág 11 ("[…] la práctica de las organizaciones internacionales también puede crear normas de derecho consuetudinario. Es cierto que la mayoría de los órganos de la mayor parte de las organizaciones internacionales están integrados por representantes de los Estados, y que es mejor que su práctica se considere como práctica de los Estados. Sin embargo, la práctica de órganos que no están compuestos por representantes de los Estados, como la Secretaría de las Naciones Unidas, también puede crear normas de derecho consuetudinario […]. Tampoco se deben pasar por alto las opiniones jurídicas de la Secretaría de las Naciones Unidas"); R.A. Wessel, S. Blockmans, "The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union", Colegio de Europa, Departamento de Estudios Jurídicos Europeos, artículo de investigación jurídica 01/2014 ("una importante función de las organizaciones internacionales es poner de manifiesto la práctica de los Estados (y la *opinio juris*) y permitir una rápida creación del derecho consuetudinario, aunque es necesario ser conscientes de la distinción entre la práctica de los Estados y la práctica de una organización internacional"); D.M. DeBartolo, "Identifying International Organizations' Contributions to Custom", *AJIL Unbound*, 23 de diciembre de 2014, disponible en línea en <http://www.asil.org/blogs/identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom> ("Aunque tales actos [en relación con las resoluciones de las organizaciones internacionales, por ejemplo] tienen lugar en el foro de una organización internacional, son actos del Estado, realizados por funcionarios del Estado (generalmente miembros de una delegación o misión permanente del Estado ante la organización internacional) y, como tales, constituyen práctica de los Estados, no práctica de las organizaciones internacionales"); J.E. Álvarez, "International Organizations: Then and Now", *American Journal of International Law*, 100 (2006), págs. 324 y 333 ("Aunque algunos tal vez prefieran describirlas como meros 'escenarios' para actividades relacionadas con la creación de normas, las organizaciones

la práctica de las organizaciones internacionales, como personas jurídicas internacionales separadas, no debe asimilarse a la de los propios Estados (de los "representantes de los miembros, es decir, de personas delegadas por sus respectivos gobiernos, de los cuales reciben instrucciones y cuya responsabilidad generan")[170]. El presente informe, al igual que el segundo, parte de la base de que, cuando resulta pertinente, la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales debe atribuirse a los propios Estados[171].

72. Por otra parte, también debe distinguirse entre el comportamiento de la organización que tiene que ver con su funcionamiento interno (a menudo denominado "práctica de la organización" o "práctica establecida de la organización", véanse las definiciones de "reglas de la organización" en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de 2011) y el comportamiento de la organización en sus relaciones con los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades (práctica externa). Aunque el primero puede, en determinadas circunstancias, dar lugar a "una especie de derecho consuetudinario de la organización, creado por esta última y aplicable solo a ella"[172], en principio es el segundo el que puede ser pertinente para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario[173].

---

internacionales […] son a todos los efectos prácticos un nuevo tipo de actor que genera normas que son hasta cierto punto autónomas de los Estados que las establecen"); I. Johnstone, "Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations", *George Washington International Law Review*, 40 (2008), pág. 87 ("en la medida en que las organizaciones internacionales actúan de manera autónoma al llevar a cabo [...] sus prácticas, el proceso de elaboración de normas se aleja un tanto del consentimiento del Estado"); J. Wouters, P. De Man, "International Organizations as Law-Makers", en J. Klabbers y Å. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), pág. 208.

[170] Para reproducir las palabras del artículo 3, párrafo 2, del Tratado de Lausana, opinión consultiva, PCIJ Serie B – núm. 12 (1925), pág. 29 (donde se analiza, en un contexto diferente, la composición del Consejo de la Sociedad de las Naciones).

[171] Véase también Treves, nota 54 *supra*, párr. 50 ("Como sujetos de derecho internacional, las organizaciones intergubernamentales participan en el proceso consuetudinario de la misma manera que los Estados. No obstante, la determinación y evaluación de esa participación y de su importancia deben hacerse con especial cautela: en primer lugar, por el limitado alcance de la competencia de las organizaciones y, en segundo término, porque tal vez sea preferible que muchas manifestaciones de esa práctica, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se consideren práctica de los Estados participantes más que de las organizaciones").

[172] C. Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", *Goettingen Journal of International Law*, 3 (2011), págs. 617, 630 y 631 (donde se añade, sin embargo, que "en cualquier caso no es tan sencillo, porque al mismo tiempo la práctica establecida tiene un carácter que responde a sus orígenes en el seno de la organización: se basa en gran medida en el derecho derivado de la organización, en las resoluciones y decisiones vinculantes de sus órganos"). Ese derecho consuetudinario abarcaría "principalmente normas que se refieren a las relaciones entre los órganos de las organizaciones y entre esas organizaciones y los miembros de su personal" (Wolfke, nota 28 *supra*, pág. 80). Este tipo de "costumbre" va más allá del alcance del presente tema.

[173] Véase también, por ejemplo, Pellet, nota 20 *supra*, págs. 816 y 817 ("[…] la práctica de las propias organizaciones [internacionales] también puede ser de importancia primordial en la determinación de la existencia del elemento material. En este sentido, sin embargo, es necesario establecer una distinción entre la práctica interna y puramente institucional, que da lugar a una

73. La existencia de una gran diversidad de organizaciones internacionales exige especial cautela al evaluar su práctica y la importancia que se atribuye a ella[174]. Por ejemplo, cuanto más Estados miembros tiene la organización[175], o cuánto más se refrenda expresamente la práctica de la organización (de una u otra forma) por parte de los Estados miembros, más peso puede adquirir la práctica. Esas consideraciones reflejan el papel central de los Estados en el proceso consuetudinario.

---

norma consuetudinaria en el marco de la 'ley adecuada' de la organización de que se trate, por un lado, y la contribución de la organización u organizaciones a la formación de normas generales de derecho consuetudinario aplicables fuera del marco de la organización, por el otro") (se omiten las citas); Barberis, nota 145 *supra*, pág. 33 ("En lo que respecta a la práctica de las organizaciones internacionales, es necesario distinguir entre la actividad que sus órganos realizan en su seno y que está relacionada con el orden jurídico interno de la organización, y la actividad que despliegan en el plano internacional. La actividad realizada en el marco de la organización puede dar lugar a normas consuetudinarias relativas al orden jurídico interno de dicha organización. […]. Sin embargo, la práctica de una organización en el plano internacional puede generar normas consuetudinarias internacionales"). Para un enfoque conceptual distinto según el cual en la actualidad "la mayor parte de las decisiones de las organizaciones internacionales tienen un efecto normativo interno y externo [y] la distinción entre capacidad normativa interna y externa está desapareciendo", véase Wouters y De Man, nota 169 *supra*, pág. 194. En el *memorando de la Secretaría* se observa que, "en algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a la posibilidad de que la práctica de una organización internacional termine por convertirse en una costumbre específica de esa organización. Esas costumbres pueden referirse a diversos aspectos de las funciones o actividades de la organización, como por ejemplo la potestad de una organización internacional para celebrar tratados o las normas aplicables a los tratados aprobados dentro de la organización" (observación 14).

[174] En el debate celebrado en la Sexta Comisión en 2014, Malasia sugirió que "dado que las organizaciones internacionales difieren en cuanto a su composición y estructura, no debe presumirse que los actos o la inacción de cualquiera de ellas representa la práctica general de los Estados a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario". De modo similar, Singapur declaró que "es necesario extremar la cautela a la hora de determinar la pertinencia de los actos, incluida la inacción, de las organizaciones internacionales. Hay grandes variaciones en la estructura organizativa, el mandato, la composición de los órganos de decisión y los procedimientos de adopción de decisiones de esas organizaciones, factores que influyen todos ellos en la función que las organizaciones desempeñan, en su caso, en la formación del derecho internacional consuetudinario" (declaraciones disponibles en línea en el portal PaperSmart de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/en/ga/sixth/>). Véase también Wouters y De Man, nota 169 *supra*, págs. 190 y 208 ("Que las acciones de las organizaciones internacionales puedan atribuirse o no a la comunidad de los Estados en su conjunto es una cuestión compleja y la respuesta depende de factores tan diversos como, entre otros, la naturaleza de la organización (política vs. técnica), el grado de inclusividad de su composición (universal y total vs. regional y limitada), la composición del órgano pertinente que adopta una determinada medida (plenario vs. parcial) y el método de adopción de decisiones aplicado (unanimidad y consenso vs. mayoría)").

[175] Véase Cahin, nota 111 *supra*, para un tratamiento integral de todos los aspectos. Véase también K. Skubiszewski, "Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes", *International Organization*, 8 (1964), págs. 790 y 791 ("la costumbre internacional se modifica y desarrolla mediante la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, especialmente las de carácter universal"); I. Gunning, "Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights", *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), págs. 211 y 225 ("Cuanto mayor sea el número de Estados y más amplia sea la representación de los Estados que apoyan al organismo y, por lo tanto, la autoridad que le ha sido delegada, más sólidos serán los argumentos en favor de que las acciones del organismo crean derecho consuetudinario"); C.H. Alexandrowicz, *The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations* (Angus y Robertson, 1973), pág. 98 ("Dado su carácter mayoritariamente universal, los organismos [especializados] [de las Naciones Unidas] son un foro adecuado para la generación de normas consuetudinarias que gozan de aceptación en todo el mundo").

74. La práctica relacionada con las organizaciones internacionales puede surgir de diversas formas, aunque a veces es difícil diferenciarlas claramente. En primer lugar, los actos de las organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica y las convicciones de sus Estados miembros[176]. Como se examinó en la sección IV del presente informe, las resoluciones de órganos integrados por Estados reflejan las opiniones expresadas y los votos emitidos por los Estados que los componen y, por lo tanto, pueden constituir práctica de los Estados o prueba de *opinio juris*[177]. Del mismo modo, las políticas adoptadas por las organizaciones internacionales y los actos realizados por ellas suelen ser examinados de cerca y/o respaldados por sus Estados miembros.

75. En segundo lugar, la conducta de las organizaciones internacionales puede servir como catalizador de la práctica de los Estados. En esencia, la labor de las organizaciones internacionales en el plano internacional puede provocar reacciones de los Estados, que pueden considerarse como práctica o testimonio de sus opiniones jurídicas[178]. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las organizaciones

---

[176] Crawford ha escrito que "las actividades de las organizaciones internacionales no aparecen en las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, están en condiciones de contribuir a su desarrollo. Esto se debe principalmente a la capacidad de las organizaciones internacionales de expresar colectivamente la práctica de los Estados miembros" (Crawford, nota 20 *supra*, pág. 192). Véase también Gunning, nota 175 *supra*, pág. 222 ("El argumento de que las organizaciones internacionales deberían influir en la costumbre se basa en la premisa de que las prácticas de las organizaciones internacionales […] constituyen una acción colectiva de los Estados").

[177] Véase también Prost y Clark, nota 122 *supra*, pág. 360 ("por muy importantes que puedan ser las resoluciones en el proceso consuetudinario contemporáneo, es dudoso que la autoridad jurídica resida realmente en las organizaciones internacionales. En la declaración, la cristalización y el proceso de germinación "instantánea" de la costumbre, la autonomía de las organizaciones internacionales es, de hecho, fundamentalmente formal, en tanto que la facultad de crear derecho —la autoridad jurídica en sentido sustantivo y auténtico— tiende a permanecer en manos de los Estados miembros. Una vez más, esto no supone en modo alguno negar el papel que las organizaciones internacionales desempeñan en el encauzamiento y la modulación de las facultades de los Estados. Sin embargo, el hecho es que, cuando las resoluciones se consideran constitutivas, en su totalidad o en parte, del derecho consuetudinario, se mantiene esencialmente la dinámica interestatal y la autonomía de las organizaciones internacionales se ve en general limitada por la permanencia, tras del velo de la organización, de los Estados miembros"); Klabbers, nota 166 *supra*, pág. 188 ("En lo que, tal vez convenientemente, constituye el caso principal sobre la formación del derecho internacional consuetudinario y la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional, la causa relativa a *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia se adhirió firmemente a la opinión de que las actividades de las organizaciones internacionales y los resultados de las conferencias internacionales son, en última instancia, producto de los Estados").

[178] Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 258, párr. 81 (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas "aprobado unánimemente por el Consejo de Seguridad"). Véase también Cassese, nota 29 *supra*, pág. 193 ("[…] las Naciones Unidas alientan a los Estados a formular opiniones sobre las cuestiones en relación con las cuales suelen recabarse sus comentarios. Una vez más, esto garantiza que se recojan una serie de declaraciones que, de lo contrario, sería difícil obtener"); Charney, nota 52 *supra*, págs. 543 y 544; D. Vignes, "The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public International Law", en R.St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), págs. 809 y 829; Hannikainen, nota 165 *supra*, pág. 140 ("Las resoluciones no son el único tipo de actividad de las organizaciones internacionales que importa para la creación de normas consuetudinarias. Muchos órganos internacionales entablan un diálogo con los Estados con el

internacionales presentan proyectos de textos para que los Estados los debatan o participan en actividades a las que los Estados responden. Del mismo modo, los informes elaborados o aprobados por órganos de las organizaciones internacionales, o las declaraciones realizadas en su nombre, a menudo provocan la reacción de los Estados. Las resoluciones en las que se insta a los Estados a actuar, esto es, a adoptar normativa nacional u otras medidas internas, también pueden dar lugar a práctica de los Estados.

76. En tercer lugar, generalmente la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la conducta internacional de la organización o las organizaciones internacionales puede, como tal, servir como práctica pertinente a los efectos de la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario[179]. En gran

---

propósito de convencerlos de que adopten determinadas buenas prácticas o formas de conducta. Existen poderosos órganos internacionales que pueden no limitarse a la persuasión, sino emplear formas de presión en relación con un Estado miembro"); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspectiv*e, 2ª ed. (Yale University Press, 2000), pág. 346 ("A diferencia de la arraigada creencia de que disponen de escasas competencias prescriptivas directas, tales organizaciones [internacionales gubernamentales] desempeñan un papel cada vez más importante como foros que sirven de cauce para comunicaciones explícitas y actos de colaboración que generan en las personas expectativas acerca de cuáles son las políticas comunitarias autorizadas. Esto es especialmente cierto en el caso de las Naciones Unidas y sus organismos afiliados").

[179] Véase también Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 2 BvR 1506/03, Orden del Segundo Senado de 5 de noviembre de 2003, párr. 52 ("al evaluar la práctica de los Estados deben tenerse en cuenta los acontecimientos más recientes en el plano internacional, que se caracterizan por una creciente diferenciación y el número cada vez mayor de sujetos de derecho internacional que se reconocen. Por consiguiente, los actos de los órganos de organizaciones internacionales [...] merecen especial atención"); Jennings y Watts, nota 140 *supra*, pág. 47 ("las organizaciones internacionales son por sí mismas personas internacionales. Pueden por derecho propio dar lugar a prácticas que con el tiempo sean susceptibles de adquirir el carácter de derecho consuetudinario o contribuir a su desarrollo, puesto que nada de lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia restringe la costumbre internacional exclusivamente a la práctica de los Estados. Sin embargo, la personalidad internacional impone límites a las esferas del derecho internacional a las que pueden afectar directamente sus prácticas"); Higgins, nota 119 *supra*, pág. 25 ("La práctica reiterada de un órgano [de las Naciones Unidas] a la hora de interpretar el tratado puede establecer una práctica que, si el tratado se ocupa de cuestiones de derecho internacional general, puede en último término convertirse en costumbre. Aunque la práctica del órgano puede no ser una buena prueba de la intención de los Estados partes originales, tiene valor probatorio como derecho consuetudinario. En este sentido, las Naciones Unidas son un participante en el proceso jurídico internacional"); Skubiszewski, nota 175 *supra*, pág. 791 ("La aplicación del derecho internacional consuetudinario por los órganos de la organización y en su seno puede llevar a la aparición de nuevas normas"); L. Boisson de Chazournes, "Qu'est-ce que la pratique en droit international?", en Société française pour le droit international, *La pratique et le droit international: Colloque de Genève* (Pedone, 2004), págs. 13 y 38 ("De manera general, como sujetos de derecho internacional, las organizaciones internacionales contribuyen a la configuración del derecho internacional. Esta contribución reviste formas diferentes, lo que muestra una vez más el carácter plural de la práctica. […] Así, una organización internacional puede ser vehículo de la práctica de sus Estados miembros. Además, puede tener su propia práctica externa por conducto de sus órganos políticos e integrados. Por último, también es posible que desarrolle prácticas que le son propias en su orden interno"); Danilenko, nota 36 *supra*, pág. 20 ("Es indiscutible que la práctica de los Estados ejerce una influencia decisiva en la formación de la costumbre. Al mismo tiempo, es un hecho ampliamente reconocido que la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la creación de normas consuetudinarias en esferas de su competencia"); Henckaerts y Doswald-Beck, nota 36 *supra*,

medida, esto “tal vez tenga su mejor ilustración en los actos de los órganos administrativos u operacionales”[180], y se refiere a las “actividades operacionales” de las organizaciones que se asemejan a las actividades emprendidas por los Estados, que un autor define como “la labor programática de las organizaciones internacionales llevada a cabo en el marco de su misión general o en cumplimiento de un mandato específico” [181]. Tales actividades son sumamente variadas y, dependiendo de las funciones y facultades atribuidas a las organizaciones internacionales, pueden ir desde las medidas coercitivas de las Naciones Unidas a las funciones de depositario de tratados de la Secretaría. Excepto en esos ámbitos,

---

pág. xli (“Las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica internacional y pueden participar en las relaciones internacionales en su propia capacidad, independientemente de sus Estados miembros. A este respecto, su práctica puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario”); V. Lowe, “Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?”, en M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), págs. 149 y 158 (“Tampoco estoy planteando si esas declaraciones de la Comunidad [Europea] pueden considerarse práctica de los Estados en virtud del Artículo 38 1) b) del Estatuto de la Corte [Internacional]. Está claro que, en la medida en que son actos de una persona internacional, sí que pueden”); M. Akehurst, “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1975), págs. 273 y 281 (“Muchos actos de las organizaciones internacionales no son por sí mismos fuentes de derecho internacional, *ya sea porque solo son parte de la práctica a partir de la cual se desarrolla el derecho internacional consuetudinario*, o porque simplemente reflejan acuerdos entre los Estados (o promesas de estos últimos)”) (sin cursiva en el original); Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 201 (“Lo que convenientemente y de forma tradicional se denomina práctica de los Estados […] es, para ser más exactos, la práctica de los sujetos de derecho internacional”); *ILA London Statement of Principles*, pág. 19 (“La práctica de las organizaciones intergubernamentales por derecho propio es una forma de ‘práctica estatal’”).

[180] Sloan, nota 119 *supra*, pág. 74 (donde sugiere que “dado que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional, la práctica de las organizaciones también es pertinente para la creación de la costumbre”). Véase también O. Schachter, “The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat”, *British Yearbook of International Law*, 25 (1948), págs. 91 y 93 (donde se hace referencia a las intervenciones del Secretario General de las Naciones Unidas en importantes controversias políticas, que “casi siempre se han producido a los efectos de presentar declaraciones jurídicas”).

[181] Johnstone, nota 169 *supra*, pág. 94 (donde, sin embargo, examina esas actividades en un contexto un tanto diferente; y las distingue “de las funciones normativas más explícitas de las organizaciones internacionales, como la elaboración de tratados o la aprobación de resoluciones, declaraciones y reglamentaciones por órganos intergubernamentales”). Véase también K. Schmalenbach, “International Organizations or Institutions, General Aspects”, en *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (2014), párr. 79 (“algunas organizaciones operan en la misma esfera o de la misma manera que los Estados. En estos casos, ambos contribuyen con su práctica y su *opinio iuris* a la creación de las mismas normas de derecho consuetudinario, siempre que el carácter específico de una organización internacional no exija modificaciones”); Crawford, nota 20 *supra*, pág. 195 (“Las organizaciones pueden establecer acuerdos con los Estados miembros y los Estados no miembros y con otras organizaciones, y pueden presentar reclamaciones internacionales y hacer pronunciamientos oficiales sobre cuestiones que les afectan. Sin perjuicio de lo dicho acerca de la cautela necesaria en la evaluación de los actos de los órganos políticos, la práctica de las organizaciones representa una prueba del derecho. Además, el comportamiento de las organizaciones internacionales ‘en su respectiva esfera’ puede influir en el discurso del derecho internacional y, de ese modo, influir indirectamente en la formación de la costumbre”).

es poco probable que los actos y opiniones de la Secretaría tengan la consideración de práctica[182].

77. La contribución de las organizaciones internacionales como tales a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario es más clara cuando los Estados les han atribuido competencias estatales. "Cuando, como en el caso de la [Unión Europea], la organización internacional sustituye, en su totalidad o en parte, a sus Estados Miembros en las relaciones internacionales, su práctica puede ser pertinente en ámbitos más amplios [que los estrictamente relativos a las cuestiones jurídicas que son directamente pertinentes para su participación en las relaciones internacionales]"[183]. En esencia, esa práctica puede equipararse a la práctica de los Estados. Como se explicó en el segundo informe, si no se equiparara la práctica de esas organizaciones internacionales a la de los Estados, ello significaría que, no solo no se tendría en cuenta la práctica de la organización, sino que se eliminaría o reduciría la capacidad de los Estados miembros de contribuir a la práctica de los Estados[184].

78. Además, cuando la práctica de las organizaciones internacionales resulte pertinente, las consideraciones enunciadas en el presente informe y el anterior que se aplican a la práctica de los Estados pueden resultar apropiadas, *mutatis mutandis*, para la práctica de las organizaciones internacionales[185].

79. Teniendo en cuenta lo que antecede, no se propone ningún cambio en el proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en 2014, cuyo tenor es el siguiente: "En ciertos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o expresión de

---

[182] O. Corten, nota 54 *supra*, pág. 173 ("Sucede periódicamente que el Secretario General de las Naciones Unidas expresa su postura sobre la licitud de una operación militar […]. Tales posicionamientos no dejan de tener interés, en la medida en que pueden suscitar reacciones oficiales de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. No obstante, como tal, una declaración del Secretario General no es susceptible de vincular jurídicamente a las Naciones Unidas como organización internacional. Ni *a fortiori* a los Estados Miembros de la Organización").

[183] Treves, nota 54 *supra*, párr. 52. Véase, por ejemplo, *Prosecutor* v. *Tadić*, causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párr. 115 (referencia a las declaraciones del Consejo de la Unión Europea).

[184] A/CN.4/672, párr. 44. En el debate que la Sexta Comisión mantuvo en 2014, el representante de la Unión Europea subrayó que "en ámbitos donde, según las normas de los Tratados de la Unión Europea, solo puede actuar la Unión es la práctica de esta última la que debe tenerse en cuenta en lo que respecta a la formación del derecho internacional consuetudinario, junto con la aplicación por los Estados Miembros de la legislación de la Unión Europea" (véase el acta resumida; la declaración puede consultarse en el portal PaperSmart de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/en/ga/sixth/>). Véase también J. Vanhamme, "Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), págs. 127 y 130 ("Puede [...] afirmarse con confianza que todas las relaciones externas de la Unión Europea basadas en el Tratado de la Comunidad Europea tienen la consideración de práctica pertinente en virtud del derecho internacional"); F. Hoffmeister, "The Contribution of EU Practice to International Law", en M. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), págs. 37 a 128. Los tratados fundacionales de la Unión Europea disponen que la Unión "contribuirá […] al estricto respeto y al desarrollo del derecho internacional" (Tratado de la Unión Europea, artículo 3, párrafo 5).

[185] A/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 43.

las normas de derecho internacional consuetudinario". No obstante, con el fin de aclarar la situación en lo que se refiere a los agentes no estatales, como se reflejó en el debate que tuvo lugar en 2014, se propone omitir la palabra "principalmente" en el proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 1 (aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción), e incluir un nuevo párrafo 3:

Proyecto de conclusión 4 [5]

Requisito de la práctica

…

3. La conducta de otros agentes no estatales no constituye práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario.

VII. La costumbre particular

80. Hasta el momento, el examen de este tema se ha referido al derecho internacional consuetudinario "general", es decir, las normas de derecho internacional consuetudinario que son "de aplicación general, válidas para todos los Estados" [186]. Sin embargo, puede haber normas de derecho internacional consuetudinario que solo sean vinculantes para ciertos Estados. Esto ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia [187] y por magistrados individuales de la Corte [188], así como por los tribunales nacionales [189], los gobiernos [190] y la

[186] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág 246, págs. 292 y 293, párr. 90 ("[…] principios que ya han sido claramente afirmados en el derecho internacional consuetudinario, principios que, por esa razón, es indudable que son de aplicación general, válidos para todos los Estados").

[187] Véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 276 (donde la Corte se refirió al argumento de Colombia en favor de "una presunta costumbre regional o local propia de los Estados de América Latina"); *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 y ss., en especial pág. 200 ("una costumbre local"); *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (fondo), fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 6 y ss., en especial pág. 39 ("una costumbre local"); *Military and Paramilitary Activities in uand against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 105, párr. 199 ("[…] el derecho internacional consuetudinario, ya sea de tipo general o el particular del sistema jurídico interamericano"); *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párr. 21 ("[…] no como una mera práctica que contribuye a la aparición gradual de un principio de derecho internacional consuetudinario, limitado en sus efectos al continente africano, como previamente había ocurrido con la América hispana […]"); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 233, párrs. 34 y 36 ("derecho internacional consuetudinario […] ya sea de alcance universal o de carácter regional […] costumbre universal o regional").

[188] Véase, por ejemplo, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 3 y ss., en especial págs. 79 y 94 (opinión separada del Magistrado de Castro) ("las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales"); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 62 (opinión separada del Presidente Bustamante y Rivero) ("un derecho consuetudinario regional"); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3, y ss., en especial pág. 290-291 (opinión separada del Magistrado Ammoun).

doctrina[191]. Se trata de normas consuetudinarias "particulares", también llamadas normas consuetudinarias "especiales", y que en su mayor parte se manifiestan como una costumbre regional o local (bilateral)[192].

81. Las normas consuetudinarias particulares a menudo obligan a los Estados de una zona geográfica determinada o los que constituyen una comunidad de interés[193],

---

[189] Véase, por ejemplo, *Nkondo* v. *Minister of Police and Another*, Tribunal Supremo de Sudáfrica (División Provincial del Estado Libre de Orange), 7 de marzo de 1980, 82 *International Law Reports* (1990), págs. 358 y 368 a 375 (donde el Magistrado Smuts alega que no había pruebas de una práctica de larga data entre la República de Sudáfrica y Lesotho que hubiera cristalizado en un derecho consuetudinario local de tránsito exento de trámites de inmigración); *Service of Summons in Criminal Proceedings case*, Tribunal Supremo de Austria, 21 de febrero de 1961, 38 *International Law Reports* (1969), págs.133 y 135 (donde se mencionan las "normas generales del derecho internacional aplicables en la Europa continental").

[190] Véase, por ejemplo, la orientación del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza de 15 de diciembre de 1993, según la cual la no devolución ha evolucionado para convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario regional en Europa (L. Caflisch, "Pratique suisse en matière de droit international public 1993", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 5 (1994), págs. 601 a 603); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)*, respuestas complementarias de Bélgica a la pregunta planteada por el Magistrado Greenwood en la clausura de la audiencia celebrada el 16 de marzo de 2012, párrs. 21, 37 y 38 (http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17640.pdf).

[191] Véase, por ejemplo, K. Skubiszewski, nota 43 *supra*, pág 830 ("Generalidad [de la práctica] no es igual a universalidad, y el término 'general' es en este caso [Artículo 38 1) b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] un término relativo. En diferentes ámbitos de las actividades externas del Estado este término abarca a grupos más pequeños o más amplios de Estados"); H. Thirlway, nota 18 *supra*, págs. 88 y 89 ("Si la práctica y la *opinio juris* no es general, sino que se limita a Estados pertenecientes a un grupo identificable, o vinculados de alguna otra forma por un interés común, una costumbre aún puede llegar a existir, aunque solo se aplicará entre los miembros de ese grupo, y no puede hacerse cumplir ni ser alegada en relación con otros Estados"); Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 191; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), sección 102, artículo 102, comentarios b) y e) (que se refieren al "derecho consuetudinario particular" y la "costumbre general y especial"). La cuestión de la jerarquía entre las normas de derecho internacional consuetudinario generales y particulares supera el alcance del presente tema.

[192] Basdevant se ha referido a la costumbre "relativa" (J. Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", 58 *Recueil des cours* (1936), pág. 486); Cohen-Jonathan, a la "costumbre local" (G. Cohen-Jonathan, "La coutume locale", *Annuaire français de droit international*, 7 (1961), págs. 119 y 120); y MacGibbon, a "costumbres especiales o excepcionales" (MacGibbon, nota 43 *supra*, págs. 116 y 117). Akehurst propuso "utilizar el término 'costumbre especial' para incluir la costumbre regional y todas las demás costumbres que se practican en grupos limitados de Estados" (Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 29); y Wolfke se refiere a "normas consuetudinarias excepcionales" (Wolfke, nota 32 *supra*, pág. 13). Véase también V.D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), págs. 243 y 244 ("Parecería útil poner orden en esta terminología, porque no todas las normas consuetudinarias de este tipo son lo mismo […]. Sin embargo, todos estos tipos de normas consuetudinarias tienen algunas características comunes en el derecho internacional. Por lo tanto, deberían agruparse bajo la denominación genérica de 'costumbre particular', como algo distinto del derecho consuetudinario general"). No obstante, véase J.M. Gamio, "Costumbre universal y particular", en M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación*, vol. 1 (Fundación de Cultura Universitaria, 1994), págs. 69 a 98 (donde se sostiene que no es correcto hablar de costumbre particular, ya que las diferencias con la costumbre general son tan grandes que se trata, de hecho, de una fuente jurídica distinta, que tiene más que ver con los principios generales del derecho o los tratados que con la costumbre).

[193] Véase también A.G. Koroma, nota 25 *supra*, pág. 106 ("La costumbre especial adopta la forma de una norma consuetudinaria que ha surgido entre dos Estados, en un grupo de Estados o en

pero también pueden ser bilaterales: como afirmó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Derecho de paso*, "es difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local sobre la base de una práctica de larga data debe ser necesariamente mayor de dos"[194]. Por consiguiente, la distinción entre el derecho internacional consuetudinario general y particular es "sencilla desde el punto de vista conceptual: el derecho consuetudinario general se aplica a todos los Estados, mientras que la costumbre especial se refiere a las relaciones entre un conjunto más pequeño de Estados"[195].

82. Las normas de la costumbre particular evolucionan a partir de una práctica aceptada como derecho entre un número limitado de Estados y, por lo tanto, no son vinculantes para terceros Estados que no han participado en la práctica o expresado que asienten de algún modo a obligarse por ella[196]. Pueden "desarrollarse de manera autónoma o ser el resultado de la desintegración de una norma consuetudinaria general, o incluso de una norma convencional"[197], permitiendo que "se tengan en cuenta, en la creación o adaptación de normas de ámbito territorial limitado, circunstancias geográficas, históricas y políticas que son peculiares de los [Estados] interesados"[198]. No se puede descartar la posibilidad de que esas normas

---

una región determinada"); Wolfke, nota 28 *supra*, pág. 90 ("La división de las normas particulares de derecho internacional consuetudinario puede ciertamente basarse también en criterios distintos del geográfico, por ejemplo políticos, étnicos, económicos, religiosos, de pertenencia a organizaciones, etc."); Villiger, nota 46 *supra*, pág. 56 ("La existencia de un derecho consuetudinario especial de carácter no regional puede concebirse, por ejemplo, entre Estados que comparten intereses socioeconómicos o, en última instancia, solo el interés en la propia norma consuetudinaria"); O. Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", *African Journal of International & Comparative Law*, 8 (1996), págs. 67 y 72 ("no se necesita nada para que la práctica de un Estado pase a ser pertinente más allá del interés en un tema particular, y [...] los motivos de ese interés pueden o no estar relacionados con la geografía"); Rosenne, nota 114 *supra*, pág. 68.

[194] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (fondo), fallo de 12 de abril de 1960: *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial pág. 39 (donde se añade que "la Corte no ve ninguna razón por la que una práctica continua y reiterada entre dos Estados aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre los dos Estados"). Véase también *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 265 y 266, párrs. 140 a 144.

[195] A.A. D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law", *American Journal of International Law*, 63 (1969), págs. 211 y 212. Véase también M.S. McDougal y H.D. Lasswell, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", en *International Law in the Twentieth Century* (American Society of International Law, 1969), págs. 169 y 178 ("Algunas prescripciones incluyen a todo el planeta; otras reconocen la capacidad normativa autónoma de unidades más pequeñas"). Sin embargo, Thirlway ha señalado que, "en general, en materia de derecho consuetudinario local a menudo puede resultar difícil determinar exactamente cuáles son los límites de la 'comunidad' a la que debe considerarse que se aplica la costumbre en cuestión", Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 135.

[196] Véase también Thirlway, nota 140 *supra*, págs. 1198 a 1200; MacGibbon, nota 43 *supra*, pág. 117 ("Como sucede con todos los tipos de normas consuetudinarias, el proceso de formación es similar, a saber, la afirmación de un derecho, por un lado, y el consentimiento o la aquiescencia respecto de esa afirmación, por otro").

[197] M.E. Villiger, nota 46 *supra*, pág. 56.

[198] *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 333 (opinión disidente del Magistrado Azevedo, que se refiere al asilo diplomático en América Latina). Dupuy aludió en este contexto a la ventaja del "pluralismo consuetudinario" (R.-J. Dupuy, "Coutume sage et coutume sauvage", en *La*

evolucionen con el tiempo para convertirse en normas de derecho internacional consuetudinario general[199].

83. A la hora de determinar si existen normas particulares del derecho internacional consuetudinario, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el Artículo 38 1 b) del Estatuto[200]. Sin embargo, dado que, por su naturaleza, la costumbre particular solo vincula a un número limitado de Estados, es necesario determinar claramente qué Estados han participado en la práctica y la han aceptado como derecho[201]. Por lo tanto, se aplica un criterio estricto[202].

---

communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau (Pedone, 1974), págs. 75 y 82).

[199] Véase también Barboza, nota 54 *supra*, pág. 14 ("Una costumbre especial, es decir, una que vincula por motivos particulares a un cierto número de Estados puede permanecer como tal o transformarse, mediante su difusión, en una costumbre universal. Una costumbre regional puede seguir revistiendo ese carácter indefinidamente o caer en desuso, y en ambos casos el consentimiento será el factor clave. También puede convertirse en una costumbre universal").

[200] Véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 276 ("la parte que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para la otra parte. Debe probar que la norma invocada se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho [o una obligación] [...] Esto se desprende del Artículo 38 del Estatuto de la Corte, que se refiere a la costumbre internacional 'como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho'"). Véase también L. Crema, "The 'Right Mix' and 'Ambiguities' in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case", en N. Boschiero y otros (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), págs. 65 y 66. O. Elias, nota 193 *supra*, págs. 75 y 76. No obstante, véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial págs. 130 y 131 (opinión separada del Magistrado Ammoun); A.A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), págs. 249 y 250.

[201] *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 276. Véase también *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*, págs. 176 y ss., en especial pág. 200; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 130 y 131 (opinión separada del Magistrado Ammoun) ("Aunque una norma general de derecho consuetudinario no requiere el consentimiento de todos los Estados, como se desprende de los términos expresos del [Artículo 38, párrafo 1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] […] no sucede lo mismo con una norma consuetudinaria regional, dado el pequeño número de Estados a los que está llamada a aplicarse y que están en condiciones de dar su consentimiento con respecto a ella. A falta de consentimiento expreso o tácito, una costumbre regional no puede ser impuesta a un Estado que se niega a aceptarla"); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 279, párr. 24 (opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor); Waldock, nota 33 *supra*, pág. 50 ("para invocar una costumbre [general] contra un Estado no es necesario demostrar concretamente la aceptación de la costumbre como derecho por ese Estado; su aceptación se presume de modo que estará obligado a menos que pueda aportar pruebas de su oposición efectiva a la práctica en cuestión. Al aplicar una costumbre general, la Corte puede referirse a la práctica, en su caso, de las partes en el litigio en lo que respecta a la costumbre; pero hasta ahora nunca ha considerado la prueba de la aceptación de la práctica como condición *sine qua non* para que la costumbre se les aplique. La posición es, por supuesto, muy diferente en lo que respecta a una costumbre particular entre dos o tres Estados, como en la causa relativa al *Derecho de paso*, porque se trata de una excepción a la norma general y la aceptación de la costumbre por las propias partes en litigio es la base misma de la norma excepcional"); Pellet, nota 20 *supra*, págs. 831 y 830.

84. Se propone el siguiente proyecto de conclusión, que podría incluirse en una sexta parte, de nueva creación, titulada "**Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario**":

---

202 Véase también M. Forteau, "Regional International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 20 ("Existe una alternativa: o la costumbre invocada es de carácter general y el demandante tiene que probar la existencia de una práctica general aceptada como derecho dimanante de la mayoría de los Estados; o se considera de carácter regional, local o bilateral, y el demandante tiene que cumplir un criterio bastante estricto. En estos casos, la costumbre es de naturaleza consensualista y debe demostrarse que 'la regla invocada […] se corresponde con un uso constante y uniforme practicado por [todos] los Estados' de que se trate (causa relativa al *Asilo* 276)"); Crawford, nota 103 *supra*, págs. 246 y 247 ("La Corte consideró la existencia de esta 'supuesta costumbre regional o local peculiar de los Estados de América Latina' [en la causa relativa al *Asilo*] como una cuestión efectivamente *bilateral* […] Parece evidente que la Corte, pese a invocar el Artículo 38 1) b) de su Estatuto, estaba aplicando un criterio de prueba más estricto del que habría aplicado a una norma de derecho internacional 'universal' […] Esto no implica que *nunca* pueda alegarse una costumbre regional o local, simplemente hay que probar que rige entre los Estados partes en la controversia; no importa si la 'región' en que existe la costumbre comprende dos o veintidós Estados […] Este punto se ilustra perfectamente en la causa relativa al *Derecho de paso*"); J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10ª ed. (Montchrestien, 2012), pág. 72 ("puesto que esas normas son propias de ciertos Estados, es preciso definir positivamente la esfera de sujetos afectados, lo que solo puede hacerse demostrando su participación directa. Por otra parte, y sobre todo, estas costumbres están virtualmente en conflicto o suponen excepciones a costumbres generales igualmente obligatorias. Por consiguiente, hay que demostrar que los Estados en cuestión han quedado exentos en sus relaciones mutuas, y solo en esas relaciones, de la norma general"); Shaw, nota 22 *supra*, pág. 66 ("En tales casos [de costumbre regional o local], el grado de certeza de las pruebas exigidas, especialmente en lo que se refiere a la obligación aceptada por la parte contra la que se alega la costumbre local, es más alto que en los casos en que se invoca una costumbre común o general […] una costumbre local necesita la aceptación positiva de ambas (o todas) las partes a las que se aplica la norma. Esto se debe a que las costumbres locales son siempre excepciones a la naturaleza general del derecho consuetudinario, que entraña un enfoque bastante flexible de la formación del derecho por todos los Estados y, por el contrario, constituyen un recordatorio de la teoría del consentimiento antes mencionada según la cual los Estados solo están obligados por aquello a lo que asienten. Puede que la excepción confirme la regla, pero se necesitan pruebas más concluyentes para demostrar la excepción que para acreditar la regla"); Degan, nota 192 *supra*, pág. 245 ("Para esos Estados, u otros sujetos, que fueron pasivos en la práctica que generó la norma, que no mostraron ningún interés en ella y a los que no se puede oponer ningún tipo de *opinio juris*, una norma consuetudinaria particular tiene el carácter de *res inter alios acta*, lo mismo que un tratado respecto de terceros Estados ajenos a él. Precisamente por estos motivos, hay importantes diferencias en lo que respecta a *la carga de la prueba* de las normas consuetudinarias particulares en comparación con la costumbre general"); Villiger, nota 46 *supra*, pág. 56 ("La conclusión es que las normas especiales solo difieren de las generales en que, para su formación, las normas especiales requieren el *reconocimiento expreso (o implícito)* de los Estados que se adhieren a la norma, Estados en los que, incidentalmente, también recae la carga de la prueba" (en referencia al fallo en la causa relativa al *Asilo*)). No obstante, véase *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 294 (opinión disidente del Magistrado Álvarez): "No es necesario que un principio, una costumbre, una doctrina, etc., sean aceptados por todos los Estados del Nuevo Mundo para ser considerados parte del derecho internacional americano [vinculante para todos los Estados del Nuevo Mundo]. En este supuesto se da la misma situación que en el caso del derecho internacional universal". El Magistrado de Castro observó que "El Tribunal debe aplicar [el derecho internacional consuetudinario general] de oficio; es su deber conocerlo como *quaestio iuris: iura novit curia*. Solo las costumbres o prácticas regionales, así como las costumbres especiales, deben probarse", *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Islandia)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 79 (opinión separada del Magistrado de Castro).

Proyecto de conclusión 15

La costumbre particular

1. Una costumbre particular es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos.

2. Para determinar la existencia de una costumbre particular y su contenido, es necesario comprobar si existe una práctica general entre los Estados interesados que sea aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

VIII. El objetor persistente

85. Aunque las normas de derecho internacional consuetudinario (general) "por su propia naturaleza, deben tener la misma fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional, y, por lo tanto, no pueden ser objeto de ningún derecho de exclusión unilateral ejercitable a su voluntad y en su favor por cualquiera de ellos"[203], en general se considera que un Estado que ha objetado de forma persistente una norma *emergente* de derecho internacional consuetudinario, y mantiene su objeción después de que dicha norma haya cristalizado, no está obligado por ella[204]. Esto se conoce como la "norma del objetor persistente"[205].

86. Las decisiones de los tribunales y cortes internacionales e internos se han referido a la norma, y como se destaca en la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho internacional, no hay pronunciamientos que la cuestionen[206]. En la causa relativa al *Asilo*, la Corte Internacional de Justicia indicó que no podía "declarar que el Gobierno de Colombia hubiera demostrado la existencia de una costumbre de ese tipo. No obstante, incluso si se pudiera suponer la existencia de tal costumbre solo entre ciertos Estados de América Latina, no podría invocarse contra el Perú, que, lejos de haberse adherido a ella a resultas de su actitud, la ha, por el

---

[203] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

[204] La aplicación de la norma del objetor persistente en el contexto de las normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*) rebasa el alcance del presente tema.

[205] Esto debe distinguirse, desde luego, de una situación en la que una norma emergente tropieza con discrepancias que le impiden cristalizar en una norma vinculante (general). En palabras del Magistrado Ammoun, "por ser de sobra conocido, resulta innecesario que me extienda sobre el tema de cuáles son las consecuencias, para la aparición de una costumbre, de la oposición a ella, oposición que no se considera que deba ser tan abrumadora" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 308 (opinión separada del Magistrado Ammoun). Véase también *Kaunda and Others* v. *The President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (4 de agosto de 2004), párr. 148 (opinión separada del Magistrado Ngcobo) ("Una de las mayores ironías del derecho internacional consuetudinario es que su reconocimiento depende de la práctica de los Estados que lo ponen de manifiesto. Sin embargo, en ocasiones los Estados se niegan a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario basándose en que la práctica estatal es insuficiente para que un uso en particular madure hasta convertirse en norma de derecho internacional consuetudinario. Al actuar de esa manera, los Estados impiden que la práctica se cristalice y pase a ser una norma derecho internacional consuetudinario.

[206] *ILA London Statement of Principles*, pág. 27.

contrario, repudiado al abstenerse de ratificar los Convenios de Montevideo de 1933 y 1939, que fueron los primeros en incluir [la norma en cuestión]"[207]. En la causa relativa a las *Pesquerías*, la Corte llegó a la conclusión similar de que "[…] la norma de las diez millas no ha adquirido la autoridad de una regla general del derecho internacional. En cualquier caso, la norma de las diez millas resultaría inaplicable a Noruega, dado que este país siempre se ha opuesto a cualquier intento de aplicarla a las costas de Noruega"[208]. Opiniones individuales emitidas en otros casos también se han referido a la norma[209].

87. Aunque se ha afirmado que la norma del objetor persistente "ha desempeñado un papel sorprendentemente limitado en el discurso jurídico real de los Estados"[210], las actuaciones judiciales, en particular, ofrecen varios ejemplos en que los Estados

---

[207] *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial págs. 277 y 278. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 107, párr. 203.

[208] *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 131. Algunos autores han puesto en tela de juicio la importancia de los pasajes de los fallos relativos a las *Pesquerías* y el *Asilo* como apoyo de la existencia de la norma del objetor persistente: véase, por ejemplo, C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", 241 *Recueil des cours* (1993), págs. 284 a 287; J.I. Charney, "The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law", *British Yearbook of International Law*, 56 (1985), págs. 1 y 9 a 11; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, 1997), pág. 60, nota 79 (donde se observa en relación con la causa relativa al *Asilo* que "este asunto estaba relacionado con la existencia de una costumbre local. La costumbre local no produce efectos generales, y el Estado que la invoca debe aportar pruebas de que el Estado que se opone ha dado su consentimiento a la regla. Por lo tanto, la cuestión del objetor persistente realmente no puede plantearse, en sentido estricto, en relación con una costumbre local"). No obstante, véase, como respuesta, Mendelson, nota 25 *supra*, págs. 228 a 232; D. Kritsiotis, "On the Possibilities of and for Persistent Objection", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), págs. 121 y 129 ("Para la Corte […] esos asuntos [la causa relativa al *Asilo* de 1950 y la causa relativa a las *Pesquerías* de 1951] se refirieron ambas a los efectos de la objeción persistente en la práctica"); Akehurst, nota 36 *supra*, págs. 24 y 25. Véase también H.C.M. Charlesworth, "Customary International Law and the Nicaragua Case", *Australian Yearbook of International Law*, 11 (1984-1987), págs. 1 y 30 ("En su debate acerca de si existe una norma consuetudinaria de no intervención, la Corte reconoce la posibilidad de que un objetor persistente no esté obligado por una norma de derecho internacional consuetudinario").

[209] Véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 97 (opinión separada del Magistrado Padilla Nervo) y pág. 229 (opinión disidente del Magistrado Lachs); *South West Africa*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 6 y ss., en especial pág. 291 (opinión disidente del Magistrado Tanaka); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 312 (opinión disidente del Magistrado Schwebel).

[210] T.L. Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", *Harvard International Law Review*, 26 (1985), págs. 457 y 463. Véase, por ejemplo, P.-M. Dupuy, "A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l''objecteur persistant'", en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges offerts à Michel Virally* (Pédone, 1991), pág. 266 ("Raras veces, por no decir nunca, invocado en la práctica de los Estados, ausente en los fallos de la Corte, el objetor persistente parece en verdad un tanto evanescente").

han tratado de invocar la norma (y las cortes y los tribunales han reconocido su existencia)[211]. Además, existe práctica de los Estados en apoyo de la norma[212].

---

[211] Véanse, por ejemplo, los escritos presentados por el Reino Unido y Noruega en la causa relativa a las *Pesquerías* (*I.C.J. Pleadings*, vol. I, contramemoria de Noruega, págs. 381 a 383, párrs. 256 a 260; vol. II, respuesta del Reino Unido, págs. 428 a 489, párrs. 162 a 164; vol. III, dúplica de Noruega, págs. 291 a 296, párrs. 346 a 353). *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, Tribunal de Apelación Definitiva de Hong Kong, FACV núms. 5, 6 y 7 de 2010 (2011), párr. 121 ("Dado que no me estoy refiriendo —ni puedo referirme— a la posición en el Territorio Continental, huelga que me pronuncie sobre si considero que la inmunidad restringida es una norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco es preciso que dictamine sobre la eficacia de la objeción persistente. Si fuera necesario hacerlo, aceptaría que China ha sido un objetor persistente a la inmunidad restringida"); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46, sentencia de 13 de diciembre de 1977 (2 BvM 1/76), núm. 32 (Tübingen, 1978), págs. 388 y 389, párr. 6 ("Esto no solo se refiere a las medidas que un Estado puede oponer con éxito desde el principio contra la aplicación de una norma general de derecho internacional vigente mediante una protesta perseverante en defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías de Noruega*, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 131); por el contrario, actualmente no puede asumirse la existencia de una norma general de derecho internacional correspondiente"); *C v Director of Immigration*, Tribunal de Apelación de Hong Kong [2010] HKCA 159 (2011), párr. 68 ("El concepto de 'objetor persistente' es un principio de derecho internacional público en los casos en que 'un Estado [...] en el proceso de formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, se desliga de ese proceso, declara que no se considera obligado y mantiene esa actitud" (Fitzmaurice, págs. 99 y 100). La prueba de la objeción debe ser clara"); *Republic of Mauritius* v. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitraje conforme al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Mar de 1982), respuesta de la República de Mauricio (2013), pág. 124, párr. 5.11 ("La norma del objetor persistente obliga a un Estado a que demuestre su objeción continuada durante la formación de la regla en cuestión"); *Roach* v. *Estados Unidos de América*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 3/87, caso 9647 (1987), párr. 52 ("La existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional requiere como base la existencia de una práctica estatal generalizada. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante 'C.I.J.') define 'costumbre internacional' como 'evidencia de una práctica general aceptada como ley'. Una norma consuetudinaria, sin embargo, no obliga a los Estados que la protestan"); *Domingues* v. *Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02, caso 12.285 (2002), párrs. 48 y 49 ("Una vez establecida, la norma del derecho internacional consuetudinario obliga a todos los Estados con excepción únicamente de aquellos que han rechazado sistemáticamente la práctica antes de transformarse en ley. Si bien ciertas prácticas no exigen aceptación universal para transformarse en normas del derecho internacional consuetudinario, la norma que ha sido aceptada por la mayoría de los Estados no tiene efecto obligatorio para el Estado que sistemáticamente ha rechazado la práctica en que esa norma se basa. […] Dado que el derecho internacional consuetudinario descansa en el consentimiento de las naciones, el Estado que persistentemente objeta una norma del derecho internacional consuetudinario no está obligado por la misma"); *BG Group Plc* v. *Republic of Argentina*, laudo definitivo (24 de diciembre de 2007), párr. 410, nota 328; *Siderman de Blake* v. *Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d (1992), 699, 715, párr. 54: "Un Estado que objeta persistentemente una norma de derecho internacional consuetudinario que otros Estados aceptan no está obligado por ella"; *El Leil* v. *France*, demanda núm. 34869/05, sentencia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala), 29 de junio de 2011, párr. 54 (donde se recuerda que una disposición de un tratado también puede ser vinculante para los Estados que no sean partes como derecho internacional consuetudinario "siempre que no se haya opuesto a ella"). Véase también G. Guillaume, *Avis d'amicus curiae*, *Revue française de droit administratif*, 28 (2012), págs.19 y 20, párr. 11 (donde se argumenta en un escrito como *amicus curiae* solicitado por el Consejo de Estado que un Estado podría ser un objetor persistente si la regla enunciada en el Artículo 53 de la

88. La existencia de la norma del objetor persistente está ampliamente respaldada por la doctrina[213], aunque ocasionalmente algunos autores la han cuestionado[214]. En

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*jus cogens*) fuera una norma de derecho internacional consuetudinario; la sentencia del Consejo de Estado no se refería al *jus cogens* (véase núm. 303678, 23 de diciembre de 2011).

[212] Véase, por ejemplo, la intervención de Turquía en una de las reuniones plenarias de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que alegó que "en el curso de la etapas preparatorias de la Conferencia, así como durante la Conferencia, [Turquía] ha sido un objetor persistente al límite de las 12 millas. En lo que respecta a los mares semicerrados, las enmiendas presentadas y las declaraciones formuladas por las delegaciones de Turquía manifiestan el rechazo coherente e inequívoco de ese país a aceptar el límite de 12 millas en esos mares. En vista de las consideraciones que anteceden, el límite de 12 millas no podrá invocarse en relación con Turquía" (DocumentoA/CONF.62/SR.189, pág. 76, párr. 150); J.B. Bellinger, W.J. Haynes, "A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), págs. 443 y 457, nota 43 ("El Gobierno de los Estados Unidos considera que la doctrina [del objetor persistente] sigue siendo válida"). Véase también Danilenko, nota 18 *supra*, pág. 112 ("la posibilidad de preservar efectivamente la condición de objetor persistente no debe confundirse con el derecho reconocido legalmente a no estar de acuerdo con nuevas normas consuetudinarias").

[213] Véase, por ejemplo, Murphy, nota 54 *supra*, págs. 95 y 96. H. Lauterpacht, "International Law – The General Part", en E. Lauterpacht (ed.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I (Grotius, 1970), pág. 66 ("aunque no es necesario demostrar el consentimiento de todos los Estados, la expresión de discrepancia en la etapa formativa de una norma consuetudinaria supone negar la existencia de la costumbre, al menos en relación con el Estado que discrepa"); Skubiszewski, nota 43 *supra*, pág. 846 ("una vez que la costumbre se ha constituido, obliga a los Estados a menos que expresaran su oposición en el período formativo"); D. Armstrong, T. Farrell y H. Lambert, *International Law and International Relations*, 2ª ed. (Cambridge University Press, 2012), pág. 180 ("Es posible que mediante la objeción persistente un Estado no quede obligado por una norma de derecho consuetudinario que está surgiendo (esta posibilidad no existe para las normas consuetudinarias ya establecidas)"); Dailler, Pellet y Forteau, nota 28 *supra*, párr. 231; M. Díez de Velasco, nota 140 *supra*, pág. 140; C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), págs. 54 y 55; Danilenko, nota 36 *supra*, pág. 41 ("De conformidad con el derecho internacional vigente, un Estado particular no está obligado por una norma consuetudinaria, aunque haya práctica generalizada y *opinio juris* pertinente, si ese Estado ha formulado su objeción persistente a una norma incipiente"); Ragazzi, nota 208 *supra*, págs. 60 a 65; C. Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law* (Outskirts Press, 2010). Véase también *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, art. 102, comentario d) ("Aunque el derecho consuetudinario puede ser construido tanto por la aquiescencia como por las acciones de los Estados […] y generalmente se convierte en vinculante para todos ellos, en principio un Estado que manifiesta disentir de una práctica mientras la norma está aún en proceso de desarrollo no está obligado por esa norma incluso después de que madure"); J. A. Green, "Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings", en J. A. Green y C. Waters (eds.), *Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi* (Brill Nijhoff, 2015), págs. 167 a 191; Koskenniemi, nota 117 *supra*, pág. 443 ("Aunque la jurisprudencia sobre la norma del objetor persistente es escasa, la doctrina la ha aceptado abrumadoramente").

[214] Véase, por ejemplo, G. Abi-Saab, 207 *Recueil des Cours* (1987), págs. 180 a 182; Charney, nota 208 *supra*, págs. 1 a 24; A. Cassese, *International Law*, 2a ed. (Oxford University Press, 2005), págs. 162 y 163; P. Dumberry, "Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, 59 (2010), págs. 779 a 802; H. Lau, "Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law", *Chicago Journal of International Law*, 6 (2005), págs. 495 a 510 (donde sugiere que el consentimiento desempeña una función no absoluta y cada vez menor en el derecho internacional y que la doctrina del objetor persistente, especialmente en casos de derechos humanos, debería ser

palabras de Waldock, "la opinión de la mayoría de los juristas internacionales es que […] cuando una costumbre que satisface la definición contenida en el Artículo 38 queda establecida, constituye una norma general de derecho internacional que, a no ser que medie una reserva, se aplica a todos los Estados. La reserva se refiere al caso de un Estado que, durante el proceso de formación de la costumbre, deja constancia persistentemente y sin ambigüedades de su objeción a reconocer la práctica como derecho"[215]. Koroma también observa que "el principio está bien establecido y aceptado en derecho internacional"[216].

89. La Comisión se refirió a la norma del objetor persistente en su reciente Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, indicando que "una reserva puede constituir para un 'objetor persistente' el medio de manifestar la constancia de su objeción; por medio de un tratado este puede ciertamente rechazar la aplicación de una norma que no le es oponible en virtud del derecho internacional general"[217].

90. La norma del objetor persistente se percibe como una salvaguardia frente a la transformación del derecho internacional consuetudinario en "el dominio exclusivo de los poderosos"[218], y es especialmente atractiva porque no existe ninguna posibilidad de discrepar de una norma establecida. Además, la norma "suele considerarse una consecuencia lógica, cuando no una ilustración, de la naturaleza

---

limitada). Lowe responde lo siguiente: "Algunos autores han dudado de la vigencia del principio de la objeción persistente, considerándolo una reliquia anacrónica de la visión consensualista del derecho internacional del siglo XIX. Pero una vez que se comprende que el alcance del principio es limitado y que su invocación es extremadamente poco común, es difícil ver por qué existen esas dudas. Es perfectamente correcto que un Estado no resulte vinculado por obligaciones establecidas en un tratado en el que no es parte. ¿Por qué, entonces, podrían otros Estados obligar al Estado alegando que su práctica ha generado una norma de derecho internacional consuetudinario si (y solo si) el Estado en cuestión siempre ha manifestado persistentemente su objeción a la norma?" (V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), pág. 58).

[215] Waldock, nota 33 *supra*, pág. 49.

[216] A. G. Koroma, nota 25 *supra*, págs. 113 y 114.

[217] Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, comentario 7) de la directriz 3.1.5.3. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Add.1.

[218] Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 227. Véase también Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 26 ("Si la discrepancia de un solo Estado pudiera impedir la creación de una nueva norma, apenas surgirían nuevas normas [consuetudinarias]. Si un Estado discrepante pudiera ser obligado contra su voluntad, el derecho consuetudinario se crearía de hecho mediante un sistema de votación por mayoría; pero sería imposible llegar a un acuerdo sobre el alcance de la mayoría necesaria y sobre si los 'votos' de los diferentes Estados deberían ponderarse y, en su caso, de qué modo. Por otra parte, los Estados que tuvieran la certeza de estar en mayoría adoptarían una actitud intransigente hacia la minoría"); O. Elias, "Persistent Objector", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 2 ("el principio del objetor persistente proporciona un medio para que los Estados que dan su consentimiento queden exentos de las tendencias mayoritarias que, según se ha determinado, han llegado a caracterizar el proceso de creación del derecho internacional consuetudinario desde mediados del siglo XX"); Stein, nota 210 *supra*, págs. 457 a 482 (donde argumenta que en el proceso contemporáneo de creación del derecho consuetudinario, que se caracteriza por una gran cautela, la norma del objetor persistente desempeña una función cada vez más importante); *ILA London Statement of Principles*, pág. 28 ("Como cuestión de política, la norma del objetor persistente podría considerarse una buena solución de avenencia. Respeta la soberanía de los Estados y los protege frente a la imposición de una nueva norma contra su voluntad por una mayoría; pero al mismo tiempo, si el apoyo a la nueva norma es suficientemente amplio, el convoy del desarrollo progresivo del derecho puede avanzar sin tener que esperar al vehículo más lento").

esencialmente consensual del derecho internacional consuetudinario"[219]. Se han encontrado justificaciones adicionales de la norma del objetor persistente en los "principios éticos fundamentales de la autonomía significativa del Estado y la unidad en la diversidad" y la afirmación de que los propios Estados han llegado a reconocerla como obligatoria[220]. Se ha comprobado que desempeña "una serie de funciones importantes en el sistema de derecho consuetudinario", entre ellas permitir a los Estados objetores "la posibilidad, a corto plazo, de adaptarse a las nuevas realidades a las que tal vez deban hacer frente" y posibilitar "la modificación de la nueva norma a fin de lograr un acercamiento entre las opiniones de los Estados que se adhieren a la nueva norma y las del Estado o los Estados que formulan la objeción"[221], así como proporcionar "un medio por el que un Estado puede proteger sus intereses jurídicos sin utilizar medidas de confrontación"[222], y reducir los costos que para el sistema jurídico internacional se desprenden del incumplimiento de los Estados (así como los que repercuten en el propio Estado objetor, al permitirle evitar que infrinja el derecho internacional)[223].

91. En palabras de Fitzmaurice, "la esencia de la cuestión es la discrepancia de la norma *mientras está en proceso de materializarse, y antes de que haya cristalizado en una norma de derecho definida y aceptada generalmente*"[224]. Tal vez no siempre sea fácil distinguir entre objeción e infracción[225], pero es evidente que, una vez que

---

[219] Elias, nota 218 *supra*, párr. 2. Véase también Weil, nota 91 *supra*, págs. 433 y 434 (donde se describe la capacidad de un Estado particular de desvincularse de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario como "la prueba del carácter voluntarista de la costumbre" dentro de la doctrina ortodoxa de las fuentes del derecho internacional); Murphy, nota 54 *supra*, pág. 96 ("Esta norma del 'objetor persistente' supone un reconocimiento del papel central del consentimiento del Estado en el derecho internacional"); M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), pág. 17 ("la noción de objeción persistente es *esencial*, dada la estructura de la comunidad de los Estados. Si los Estados son los sujetos creadores de normas del derecho internacional, están facultados para, por sus propios motivos, *in casu* y respecto de sí mismos, excluirse del proceso de formación del derecho"); D. A. Colson, "How Persistent Must the Persistent Objector Be?", *Washington Law Review*, 61 (1986), págs. 957 y 958 ("El principio del objetor persistente es la consecuencia lógica de la naturaleza consensual de la formación del derecho internacional"); W. M. Reisman y otros, *International Law in Contemporary Perspective* (Foundation Press, 2004), pág. 15 ("En consonancia con la concepción tradicional del carácter consensual del derecho internacional, los Estados que objetan persistentemente una nueva limitación de su libertad para actuar mediante una norma consuetudinaria emergente pueden evitar con éxito quedar obligados por ella").

[220] B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), pág. 229; D. P. Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), págs. 198 y 209.

[221] Elias, nota 218 *supra*, párr. 6.

[222] Colson, nota 219 *supra*, pág. 964.

[223] Véase Guzmán, nota 75 *supra*, pág 169 (donde demuestra que la teoría de la elección racional aplicada al derecho internacional consuetudinario apoya la doctrina del objetor persistente). No obstante, véase J. P. Kelly, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), págs. 449 y 523 a 526; Verdier y Voeten, nota 91 *supra*, págs. 427 a 429 (donde argumenta que la doctrina tiene una importancia práctica limitada).

[224] G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law", *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), págs. 1 y 26.

[225] Véase también Colson, nota 219 *supra*, pág. 958 ("La distinción entre estos dos casos [Estados que se oponen a nuevas tendencias en la práctica jurídica internacional y Estados que objetan las

una norma de derecho consuetudinario ha cristalizado, los Estados ya no pueden alegar *de novo* la norma del objetor persistente[226]. No puede haber un "objetor subsiguiente"[227]. El Estado debe oponerse a una norma que se está desarrollando tan pronto como sea posible[228].

92. Para que una objeción persistente sea eficaz, debe expresarse claramente[229]. Sin embargo, "no se requiere que la declaración de una postura revista una forma o

---

tendencias que han cristalizado en una norma jurídica] nunca es clara, salvo quizás retrospectivamente"); O. Elias, "Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law", *Denning Law Journal*, 6 (1991), págs. 37 y 38 ("Puede haber casos en que sea difícil distinguir entre la objeción persistente y la objeción subsiguiente, pero en principio la distinción no es problemática").

[226] Véase, por ejemplo, *Colombian-Peruvian asylum case, fallo de 20 de noviembre de 1950*: *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial pág. 336 (opinión disidente del Magistrado Azevedo) ("esas denegaciones ocasionales constituyen violaciones de una norma ya establecida, puesto que un Estado no puede oponerse a una costumbre aceptada previamente"); J. B. McClane, "How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?", *ILSA Journal of International Law*, 13 (1989), págs. 1 y 7 ("Por definición, una objeción después de que la norma haya comenzado a existir es una objeción subsiguiente y, como tal, ineficaz"); Akehurst, nota 36 *supra*, pág. 24 ("La oposición que se manifiesta por primera vez después de que la norma haya quedado firmemente establecida es demasiado tardía para impedir que el Estado resulte obligado"); Thirlway, nota 27 *supra*, pág. 110 ("si existe una aceptación general de la práctica 'como derecho', y los Estados que discrepan no han dado a conocer su opinión hasta después de que la norma haya cristalizado y quedado firmemente establecida, la norma será vinculante para todos, incluidos los Estados discrepantes"); Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 244 ("la norma del objetor persistente […] solo se aplica a quienes hacen su objeción cuando la regla general está surgiendo: no existe una norma del 'objetor subsiguiente'"); Barberis, nota 145 *supra*, pág. 39 ("Un Estado solo puede desligarse de la vinculación de una norma consuetudinaria si se ha opuesto a ella de manera clara y reiterada desde el momento de su formación. […] La oposición clara y reiterada tiene efecto cuando comienza en el momento de la formación de la norma consuetudinaria, pero pasa a ser ineficaz si se manifiesta cuando la norma consuetudinaria ya ha surgido").

[227] En relación con la sugerencia de que la objeción subsiguiente debería permitirse en determinadas circunstancias, véase C. A. Bradley, M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), págs. 202 a 275. Guzmán, nota 75 *supra*, págs. 169 a 171; tal propuesta encuentra respuesta en S. Estreicher, "A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), págs. 57 a 64.

[228] Véase Elias, nota 218 *supra*, párr. 15 ("El Estado en cuestión debe expresar su objeción lo antes posible"); A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4ª ed. (Routledge, 2010), pág. 41 ("un Estado debe formular su objeción tan pronto como sea posible y reaccionar ante acontecimientos indeseados no solo cuando exista la certeza de que su contenido afectará directamente a sus intereses sino también cuando, de forma inmediata, los acontecimientos no tengan gran pertinencia para ese Estado").

[229] Véase, por ejemplo, A. Steinfeld, "Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons", *Brooklyn Law Review*, 62 (1996), págs. 1635 y 1652 ("El Estado disidente debe reaccionar a declaraciones públicas de política jurídica con una objeción pública si prevé reservarse cualquier derecho jurídico con arreglo al derecho internacional vigente"); D. J. Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010) págs. 31 y 35 ("Los Estados están obligados a protestar ostensiblemente y a menudo si desean evitar verse obligados por una norma consuetudinaria emergente de alcance mundial"); Mendelson, nota 25 *supra*, págs. 240 y 241 ("En primer lugar, es obvio que la objeción tiene que expresarse: no tiene sentido que los funcionarios y ministros de un gobierno expresen dudas entre sí, pero no las comuniquen al mundo exterior. Si un Estado que está directamente afectado por una práctica no la objeta, es razonable que en muchos casos se considere que la consiente o que queda excluido

tono determinado"[230]. En particular, frente a la exigencia de una acción física, bastaría una objeción verbal para preservar la posición jurídica del Estado que objeta[231]. En la práctica, un Estado puede desmentir que una norma incipiente se ha

---

de cualquier otra forma de la posibilidad de oponerse a ella"); I. C. MacGibbon, "Some Observations on the Part of Protest in International Law", *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), págs. 293 y 318 (un Estado debe protestar "enérgicamente y sin ambigüedades"); Stern, nota 18 *supra*, pág. 108. Véase también *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitraje conforme al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982), respuesta de la República de Mauricio (2013), pág. 124, párr. 5.11 ("La objeción debe expresarse: no basta con que funcionarios gubernamentales expresen objeciones entre sí, sin comunicarlas fuera de los límites de su entorno inmediato de trabajo").

[230] Colson, nota 219 *supra*, pág. 969. Véase también Lepard, nota 220 *supra*, pág 238 ("En resumen, no es posible afirmar que la objeción debe revestir una forma determinada o manifestar un cierto grado de intensidad en todos los casos"); Wolfke, nota 28 *supra*, pág. 67 ("Las maneras de expresar un desacuerdo individual efectivo respecto de la aparición de una costumbre pueden ser diversas, tanto expresas como indirectas, es decir, tácitas. Es evidente que las más eficaces son las protestas inequívocas y expresas contra una práctica, su aceptación como derecho o una norma consuetudinaria madura, ya que inferir el desacuerdo a partir de una mera conducta es mucho menos concluyente y difícil de demostrar"). Algunos han argumentado que la objeción debe estar basada en principios (un "disenso por motivos de conciencia"); sin embargo, véase G. J. Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", en A. Perreau-Saussine y J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), pág. 299; Lepard, nota 220 *supra*, págs. 230 a 232. Stein sostiene que la objeción persistente debería permitirse "por motivos de principio o de conveniencia", aunque sugiere que "un requisito de coherencia sustantiva" en las objeciones podría resultar ventajoso (Stein, nota 210 *supra*, pág. 476).

[231] Véase también *ILA London Statement of Principles*, pág. 28 ("Las protestas verbales son suficientes: no hay ninguna norma según la cual los Estados deban tomar medidas físicas para preservar sus derechos"); C. G. Guldahl, "The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law", *Nordic Journal of International Law*, 77 (2008), págs. 51 y 55 ("Aunque está establecido que, en general, la prueba de la práctica de los Estados conforme al derecho internacional consuetudinario puede consistir en actos tanto verbales como físicos, ese requisito [que los objetores persistentes ejerzan efectivamente el derecho que reclaman] aseguraría que esta excepción a la aplicación general del derecho internacional consuetudinario en realidad solo se utilizara en circunstancias excepcionales, por Estados que están verdaderamente comprometidos con su posición. También haría que las posiciones jurídicas de un Estado fueran más claras. Sin embargo, podría tener consecuencias adversas y de hecho desastrosas, como en el caso de la prohibición del empleo de armas nucleares o, para dar un ejemplo menos extremo, el uso de represalias beligerantes contra civiles. Es evidente que tal requisito no es deseable y, por lo general, no se considera necesario"); Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 241 ("la simple objeción verbal, no acompañada de acción física para respaldarla, parece ser suficiente. De hecho, el caso contrario sería subversivo para la paz mundial, al tiempo que pondría en desventaja a los Estados que carecen de recursos militares o del personal técnico adecuado para adoptar medidas de esa índole"); Colson, nota 219 *supra*, págs. 963 a 965 ("una declaración de objeción puede redactarse de distintas formas y transmitirse por diversos medios. Probablemente no es necesario que las posiciones de un país se materialicen en hechos para constituir una objeción jurídica válida. Las palabras, expresadas con claridad y corrección, bastan en derecho internacional para proteger la posición del objetor persistente"); Lepard, nota 220 *supra*, pág. 239 ("Naturalmente, incluso en los casos en que la objeción persistente sea difícil, principios éticos fundamentales como la prohibición del uso de la fuerza implican que la protesta inequívoca no debe exigir medidas no verbales (y especialmente la acción militar) para imponer la aplicación de la norma. La mera protesta verbal debe ser suficiente").

convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, oponerse a que la norma se le aplique a sí mismo, o hacer ambas cosas[232].

93. Un Estado debe mantener su objeción de forma persistente y coherente, para que no se considere que consiente[233]. Se ha dicho que la objeción "debe repetirse tan a menudo como lo requieran las circunstancias (de lo contrario, no será 'persistente')"[234], aunque puede ser poco realista exigir una coherencia total[235]. Por supuesto, el Estado puede abandonar su objeción en cualquier momento.

94. La carga de demostrar el derecho a beneficiarse de la norma del objetor persistente recae en el Estado autor de la objeción, que debe rebatir la presunción de que la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario como tal es vinculante para él[236].

95. Se propone el siguiente proyecto de conclusión, que habría de insertarse en la **sexta parte**:

---

[232] Véase también O. A. Elias y C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer Law International, 1998), pág. 106; Elias, nota 218 *supra*, párr. 17 ("asimismo, parecería que no importa si los Estados objetores expresan su objeción o falta de consentimiento en relación con la formación o existencia de una norma, o si manifiestan su objeción a que la norma en cuestión se aplique solo en lo que respecta a sí mismos").

[233] Véase también Gaja, nota 55 *supra*, pág. 43 ("la oposición que la Corte consideró pertinente [en la causa relativa a las *Pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*] era algo más que una simple actitud negativa ante una norma. Se trataba de una oposición a "cualquier intento de aplicar" la norma, con la sugerencia de que esos intentos habían fracasado. Por lo tanto, lo que parece pertinente, con respecto a un Estado disidente, es determinar si una norma ha pasado a ser eficaz también en relación con ese Estado"); Crawford, nota 103 *supra*, pág. 247 ("La objeción persistente […] pero debe ser coherente y clara, y no se manifiesta por el mero hecho de no ratificar un tratado"); Elias, nota 218 *supra*, párr. 16 ("Si un Estado no mantiene su objeción, puede considerarse que ha dado su aquiescencia"); Kritsiotis, nota 208 *supra*, págs. 129 y 130 ("Por lo tanto, las objeciones deben plantearse en el momento oportuno y adecuado, y deben ser, por así decirlo, persistentes; puede suponerse con cierto grado de certeza que las objeciones esporádicas o aisladas no cumplen las condiciones necesarias"); Mendelson, nota 25 *supra*, pág. 241 ("la protesta debe mantenerse. Se trata, en efecto, de algo implícito en la palabra 'persistente' […] si el Estado, tras haber objetado, no reitera esa objeción, tal vez sea adecuado (según las circunstancias) suponer que la ha abandonado").

[234] *ILA London Statement of Principles*, pág. 28. Véase también Elias, nota 218 *supra*, párr. 16 ("Cuanto más generalizada y conocida sea la práctica, mayor peso habrá de tener la prueba de la objeción requerida del Estado objetor, dado que la falta de objeción a una práctica que se considera suficientemente general para dar lugar a una nueva norma puede equivaler a la aquiescencia"); Steinfeld, nota 229 *supra*, pág. 1652 ("la naturaleza de la propia costumbre debe determinar la naturaleza de la objeción que se necesita").

[235] Véase la causa relativa a las *Pesquerías, fallo de 18 de diciembre de 1951: I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial pág. 138 ("La Corte considera que no es necesario dar una importancia excesiva a las escasas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes, que el Gobierno del Reino Unido afirma haber descubierto en la práctica de Noruega […]"); Colson, nota 219 *supra*, pág 957 ("cualquier respuesta a la pregunta de 'cuán persistente ha de ser el objetor persistente' debe tener en cuenta el contexto en el que se aplica el principio").

[236] Véase también Crawford, nota 103 *supra*, pág. 247 ("al mismo tiempo, lo importante es que existe una presunción rebatible de la aceptación de la norma"); Dupuy, nota 198 *supra*, pág. 78 ("la no oponibilidad [de la costumbre] depende de que el Estado que la invoque acredite su protesta, la existencia de declaraciones que manifiesten claramente que no forma parte de la comunidad jurídica que sirve de fundamento a la costumbre").

Proyecto de conclusión 16

Objetor persistente

Un Estado que ha objetado persistentemente una nueva norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación no está obligado por ella siempre que mantenga su objeción.

IX. Programa de trabajo futuro

96. Como se indica en la sección I, el presente informe tiene por objeto completar el conjunto de proyectos de conclusión propuesto por el Relator Especial[237]. El programa de trabajo futuro depende de los progresos que la Comisión realice en su período de sesiones de 2015. Si la Comisión consigue aprobar provisionalmente un conjunto de proyectos de conclusión, con comentarios, en 2015, el Relator Especial propondrá en su próximo informe previsto para 2016 los cambios que pudieran introducirse en las conclusiones y los comentarios, a la luz del debate de la Sexta Comisión en 2015 y las observaciones escritas que formulen los gobiernos y otras entidades. El objetivo sigue siendo concluir la labor sobre el tema, en la medida de lo posible, en el período de sesiones que la Comisión celebrará en 2016, tras un examen y una revisión detallados y exhaustivos, en ese período de sesiones, del texto de los proyectos de conclusión y los comentarios aprobados en 2015[238]. No obstante, es importante que no se avance con prisas indebidas si da la impresión de que se necesita más tiempo[239].

97. En el cuarto informe, además de los proyectos de conclusión y los comentarios (y con independencia de ellos), el Relator Especial se propone examinar los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los cuales puede determinarse una práctica general y la aceptación como derecho[240].

98. El Relator Especial también tiene la intención de preparar, y distribuir para su examen por los miembros de la Comisión, una bibliografía sobre el tema.

---

[237] Véase párr. 8 *supra*.

[238] Cabe recordar que se siguió un procedimiento similar en relación con la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, cuya primera versión completa fue aprobada provisionalmente por la Comisión en 2010, para aprobarse en su formato definitivo un año más tarde, en 2011 (véase el documentoA/66/10, párrs. 54 a 64). También se recordará que en el período de sesiones de 2011 un grupo de trabajo (presidido por el Sr. Vásquez Bermúdez) examinó en detalle el proyecto de directrices.

[239] En 2014, el Sr. Forteau recordó el sabio dicho *festina lente* (acta resumida A/CN.4/SR.3225 (17 de julio de 2014)).

[240] Véase tambiénA/CN.4/672, nota 6 *supra*, párr. 35 (“Una dificultad significativa estriba en determinar cuál es la práctica de los Estados. La diseminación y localización de la práctica sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno, pese al desarrollo de los recursos tecnológicos y de la información”).

Anexo

Nuevos proyectos de conclusión propuestos

Proyecto de conclusión 3 [4]

Evaluación de la prueba respecto a los dos elementos

…

2. Cada elemento se ha de determinar por separado. Por lo general, ello hace necesario una evaluación de la prueba específica referente a cada elemento.

Proyecto de conclusión 4 [5]

Requisito de la práctica

…

3. La conducta de otros agentes no estatales no constituye práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 11

Prueba de la aceptación como derecho

…

3. La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias hagan necesaria una reacción.

Quinta parte
Formas particulares de práctica y prueba

Proyecto de conclusión 12

Tratados

La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal disposición:

a) Codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma vigente de derecho internacional consuetudinario;

b) Ha propiciado la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o

c) Ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho.

Proyecto de conclusión 13

Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales

Las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo; no pueden, por sí mismas constituir ese derecho.

Proyecto de conclusión 14

Jurisprudencia y doctrina

La jurisprudencia y la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Sexta parte
Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario

Proyecto de conclusión 15

La costumbre particular

1. Una costumbre particular es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos.

2. Para determinar la existencia de una costumbre particular y su contenido, es necesario comprobar si existe una práctica general entre los Estados interesados que sea aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

Proyecto de conclusión 16

Objetor persistente

Un Estado que ha objetado persistentemente una nueva norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación no está obligado por ella siempre que mantenga su objeción.