



Asamblea General

Distr. general
14 de marzo de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones

Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018,
y Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018

Quinto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

por Michael Wood, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
Introducción.	4
I. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura.	7
A. Comentarios y observaciones generales	7
1. Comentarios y observaciones recibidos	7
2. Sugerencias del Relator Especial	9
B. Comentarios y observaciones sobre proyectos de conclusión concretos	10
Primera parte: Introducción	10
Conclusión 1: Alcance	10
1. Comentarios y observaciones recibidos	10
2. Sugerencias del Relator Especial	11
Segunda parte: Enfoque básico	12
Conclusión 2: Dos elementos constitutivos	12
1. Comentarios y observaciones recibidos	12
2. Sugerencias del Relator Especial	13
Conclusión 3: Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos	13

* El Relator Especial desea agradecer al Sr. Omri Sender su valiosa ayuda en la preparación del presente informe. El Relator Especial también aprovecha esta oportunidad para dar las gracias al Sr. Jean-Baptiste Merlin por su continua labor sobre el tema.



1. Comentarios y observaciones recibidos	13
2. Sugerencias del Relator Especial	14
Tercera parte: Una práctica general	15
Conclusión 4: Requisito de la práctica	15
1. Comentarios y observaciones recibidos	15
2. Sugerencias del Relator Especial	19
Conclusión 5: Comportamiento del Estado como práctica del Estado	23
1. Comentarios y observaciones recibidos	23
2. Sugerencias del Relator Especial	24
Conclusión 6: Formas de práctica	24
1. Comentarios y observaciones recibidos	24
2. Sugerencias del Relator Especial	26
Conclusión 7: Valoración de la práctica de un Estado	28
1. Comentarios y observaciones recibidos	28
2. Sugerencias del Relator Especial	28
Conclusión 8: La práctica ha de ser general	29
1. Comentarios y observaciones recibidos	29
2. Sugerencias del Relator Especial	31
Cuarta parte: Aceptada como derecho (opinio iuris)	33
Conclusión 9: Requisito de la aceptación como derecho (opinio iuris)	33
1. Comentarios y observaciones recibidos	33
2. Sugerencias del Relator Especial	34
Conclusión 10: Formas de prueba de la aceptación como derecho (opinio iuris)	36
1. Comentarios y observaciones recibidos	36
2. Sugerencias del Relator Especial	38
Quinta parte: Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario	39
Conclusión 11: Tratados	39
1. Comentarios y observaciones recibidos	39
2. Sugerencias del Relator Especial	40
Conclusión 12: Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales	41
1. Comentarios y observaciones recibidos	41
2. Sugerencias del Relator Especial	43
Conclusión 13: Decisiones de cortes y tribunales	44
1. Comentarios y observaciones recibidos	44
2. Sugerencias del Relator Especial	45

Conclusión 14: Doctrina.....	46
1. Comentarios y observaciones recibidos	46
2. Sugerencias del Relator Especial	47
Sexta parte: Objeto persistente.....	48
Conclusión 15: Objeto persistente	48
1. Comentarios y observaciones recibidos	48
2. Sugerencias del Relator Especial	50
Séptima parte: Derecho internacional consuetudinario particular.....	52
Conclusión 16: Derecho internacional consuetudinario particular	52
1. Comentarios y observaciones recibidos	52
2. Sugerencias del Relator Especial	54
II. Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario.....	55
III. Forma final del producto de la labor de la Comisión.....	57
Anexo	
Proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura, con los cambios propuestos por el Relator Especial	59

Introducción

1. En su 64º período de sesiones, celebrado 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 Especial¹.
2. En su 65º período de sesiones, la Comisión celebró un debate general sobre la base del primer informe del Relator Especial² y de un memorando de la Secretaría titulado “Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema”³. La Comisión cambió el título del tema por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario”⁴.
3. En su 66º período de sesiones, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial⁵. Tras el debate, los 11 proyectos de conclusión propuestos en el informe se remitieron al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente 8 de ellos⁶.
4. En su 67º período de sesiones, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial, que tenía por objeto completar el conjunto de proyectos de conclusión sobre el tema⁷. Tras el debate, los proyectos de conclusión propuestos en el tercer informe se remitieron al Comité de Redacción, que aprobó provisionalmente otros ocho proyectos de conclusión, así como párrafos adicionales para dos de los proyectos de conclusión ya aprobados. La Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, con la intención de considerar al año siguiente la aprobación en primera lectura del proyecto de conclusiones (y sus comentarios).
5. En su 68º período de sesiones, celebrado en 2016, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial, en el que se respondía a las principales observaciones y sugerencias formuladas por los Estados y otros agentes en relación con los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente⁸. En el informe también se examinaban los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, con miras a que la Comisión prestara renovada atención a este tema. La Comisión también tuvo ante sí una bibliografía preliminar sobre el tema⁹, así como otro memorando de la Secretaría titulado “La función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario”¹⁰.
6. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial del 19 al 24 de mayo de 2016 y remitió al Comité de Redacción las propuestas de modificación de los proyectos de conclusión que figuraban en él. Además, se estableció un grupo de

¹ [A/CN.4/653](#).

² Primer informe sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/663](#)).

³ [A/CN.4/659](#).

⁴ [A/CN.4/SR.3186](#): acta resumida provisional de la 3186ª sesión de la Comisión (25 de julio de 2013), págs. 5 y 6.

⁵ Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/672](#)).

⁶ El Comité de Redacción no pudo examinar dos proyectos de conclusión por falta de tiempo, y se suprimió uno de los proyectos de conclusión.

⁷ [A/CN.4/682](#).

⁸ Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/695](#)).

⁹ *Ibid.* ([A/CN.4/695/Add.1](#)).

¹⁰ [A/CN.4/691](#).

trabajo de composición abierta para examinar una serie de proyectos de comentario oficiales preparados por el Relator Especial. El 2 de junio de 2016, la Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 1 a 16 y, en consecuencia, aprobó en primera lectura un conjunto de 16 proyectos de conclusión¹¹. Los días 5 y 8 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios¹². La Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, en el que se analizara el estado actual de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario y se sugirieran mejoras¹³.

7. En 2016 la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura a los Gobiernos, por conducto del Secretario General, para que estos formularan comentarios y observaciones al respecto, y les pidió que los enviaran al Secretario General a más tardar el 1 de enero de 2018¹⁴.

8. Durante los debates de 2016 en la Sexta Comisión, en los que unos 50 oradores abordaron el tema¹⁵, las delegaciones encomiaron la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema hasta esa fecha. En general, las delegaciones acogieron con beneplácito el proyecto de conclusiones, los comentarios y la bibliografía, por considerarlos textos importantes que facilitarían enormemente la labor de los profesionales y los académicos. Las delegaciones también expresaron su agradecimiento a la Secretaría por el memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales. Muchas delegaciones formularon observaciones detalladas sobre el texto aprobado en primera lectura y realizaron valiosas sugerencias sobre cómo mejorar determinados proyectos de conclusión y comentarios¹⁶.

9. En la fecha de elaboración del presente informe, los siguientes Estados habían transmitido comentarios y observaciones escritas en respuesta a la solicitud de la Comisión: Austria, Belarús, China, El Salvador, Estados Unidos de América, Israel, Nueva Zelanda, Países Bajos, países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), República Checa, República de Corea y Singapur¹⁷.

10. De conformidad con el programa de trabajo establecido en 2016¹⁸, en el presente informe se abordan las principales observaciones sobre los proyectos de conclusión y

¹¹ Véase [A/71/10](#), párrs. 57 y 62.

¹² *Ibid.*, párr. 63.

¹³ *Ibid.*, párr. 56.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 15.

¹⁵ Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Chile, China, Chipre, Colombia, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia (en nombre de los países nórdicos), Francia, Grecia, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Japón, Malasia, México, Mongolia, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Dominicana (en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), Rumania, Singapur, Sudán, Tailandia, Turquía, Viet Nam, Comité Internacional de la Cruz Roja, Consejo de Europa y Unión Europea (en nombre también de Serbia y de Bosnia y Herzegovina).

¹⁶ Véase el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones ([A/CN.4/703](#)).

¹⁷ En el presente informe se entenderá por “observaciones escritas” las realizadas por escrito en respuesta a la solicitud de la Comisión. Las observaciones escritas recibidas con posterioridad a la fecha de elaboración del presente informe también serán examinadas por la Comisión durante su 70º período de sesiones.

¹⁸ Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/695](#)), párrs. 50 a 53.

sobre los comentarios aprobados en primera lectura, formuladas tanto durante los debates de 2016 en la Sexta Comisión como por escrito en respuesta a la solicitud de la Comisión. Como ya se ha señalado, y como varios Estados ya han reconocido¹⁹, las observaciones y sugerencias realizadas durante las primeras etapas de la labor sobre el tema ya se han tenido en cuenta.

11. Los proyectos de conclusión y los comentarios aprobados en primera lectura también han recibido la atención de los profesionales y académicos: han sido citados por tribunales²⁰ y examinados en varios actos académicos²¹ y en escritos doctrinales²².

12. Tras esta introducción, el presente informe se estructura de la siguiente manera: en el capítulo I se describen las principales observaciones de los Estados sobre los proyectos de conclusión y sobre los comentarios aprobados en primera lectura y se exponen las sugerencias del Relator Especial en respuesta a ellas; en el capítulo II se examina el memorando preparado por la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, así como posibles maneras de poner en práctica las sugerencias que figuran en dicho memorando; en el capítulo III se presentan las recomendaciones del Relator Especial

¹⁹ Véanse, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 75 (Austria) y párr. 116 (Alemania); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 40 (Singapur) y párr. 70 (Malasia); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 2; y observaciones escritas de China, pág. 1.

²⁰ *R (on the application of the Freedom and Justice Party) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2016] All ER (D) 32 (5 de agosto de 2016), párrs. 77 y 78; *Mohammed and others v Ministry of Defence*, [2017] UKSC 2 (17 de enero de 2017), párr. 151; y *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah*, [2017] UKSC 62 (18 de octubre de 2017), párrs. 31 y 32.

²¹ El Relator Especial ha participado en diversos actos en los que se han examinado los proyectos de conclusión y los comentarios, en particular en la Universidad de Cambridge, el Instituto Universitario Europeo, la Universidad de Manchester, la Universidad La Sapienza de Roma y la Universidad de Michigan.

²² Véanse, por ejemplo, el número especial sobre el derecho internacional consuetudinario de la *International Community Law Review*, vol. 19 (2017); B.D. Leppard, *Reexamining Customary International Law* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2017); N. Blokker, “International organizations and customary international law: is the International Law Commission taking international organizations seriously?”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), págs. 1 a 12; M. Fitzmaurice, “Customary law, general principles, unilateral acts”, en *Nicaragua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*, E. Sobenes Obregon y B. Samson, eds. (Cham, Springer, 2017), págs. 247 a 267; R. Deplano, “Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), págs. 227 a 253; C.A. Bradley, ed., *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2016); L. Kirchmair, “What came first: the obligation or the belief? A renaissance of consensus theory to make the normative foundations of customary international law more tangible”, *German Yearbook of International Law*, vol. 59 (2016), págs. 289 a 319; K. Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 16 (2018), págs. 1 a 20; E. Henry, “Alleged acquiescence of the international community to revisionist claims of international customary law (with special reference to the *jus contra bellum* regime)”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 18 (2017), págs. 260 a 297; J. d'Aspremont y S. Droubi, eds., *International Organizations and the Formation of Customary International Law* (Manchester, Manchester University Press, de próxima publicación, 2018); C.A. Bradley y J.L. Goldsmith, “Presidential control over international law”, *Harvard Law Review*, vol. 131, núm. 5 (2018); G.H. Fox, K.E. Boon e I. Jenkins, “The contributions of United Nations Security Council resolutions to the law of non-international armed conflict: new evidence of customary international law”, *American University Law Review*, vol. 67 (2018); y N. Lamp, “The ‘practice turn’ in international law: insights from the theory of structuration”, en *Research Handbook on the Sociology of International Law*, M. Hirsch y A. Lang, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, de próxima publicación, 2018).

sobre la forma final de la labor de la Comisión; y en el anexo I se indican los cambios propuestos por el Relator Especial al proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura. El anexo II, que contiene una bibliografía actualizada sobre el tema, se distribuirá más adelante, en el transcurso del período de sesiones.

I. Comentarios y observaciones sobre el proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura

13. El Relator Especial agradece mucho todas las observaciones realizadas oralmente y por escrito sobre el proyecto de conclusiones y los comentarios aprobados en primera lectura. Si bien, como es de esperar, las observaciones a veces apuntan en direcciones opuestas, todas son, sin excepción, útiles y constructivas, y ayudarán en gran medida a la Comisión a mejorar el resultado final de su labor.

14. Los comentarios y observaciones recibidos se examinan a continuación en dos partes: los comentarios y observaciones generales sobre el proyecto de conclusiones en su conjunto (sección A) y los comentarios y observaciones sobre proyectos de conclusión concretos (sección B). En cada caso se describen brevemente las observaciones y, a continuación, el Relator Especial formula sus sugerencias, principalmente para el texto de las conclusiones, pero indicando también, al menos en términos generales, si deben hacerse cambios en los comentarios. Para facilitar la consulta, los cambios propuestos en las conclusiones se recogen en el anexo I del presente informe.

A. Comentarios y observaciones generales

1. Comentarios y observaciones recibidos

15. En sus observaciones sobre el proyecto de conclusiones y los comentarios aprobados en primera lectura por la Comisión en 2016, los Estados sugirieron que el proyecto de conclusiones sería, sin duda, “un instrumento útil para que los profesionales determinen la existencia y el alcance del derecho [internacional] consuetudinario”²³. Muchas de las propuestas que figuran en el proyecto de

²³ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 52 (Finlandia, en nombre de los países nórdicos). Véanse también [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 56 (Estados Unidos: el proyecto de conclusiones y los comentarios correspondientes “constituyen ya un importante recurso para profesionales y expertos”); [A/C.6/71/SR.21](#), párrs. 12 y 16 (Australia: “el proyecto de conclusiones ofrece una metodología flexible y práctica para la determinación de esas normas y su contenido”); *ibid.*, párr. 85 (Reino Unido: “[e]l proyecto de conclusiones con sus comentarios es un instrumento valioso y accesible para los jueces y juristas”); *ibid.*, párr. 93 (Portugal: “el tema ‘Identificación del derecho internacional consuetudinario’ es de gran valor práctico para los asesores jurídicos y juristas de todo el mundo” y “[s]ería útil contar con una serie de conclusiones prácticas y sencillas que ayudasen a identificar normas de derecho internacional consuetudinario”); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 6 (Grecia: “la labor de la Comisión proporciona a los abogados internacionales una orientación normativa muy necesaria para hacer frente a la espinosa cuestión de la determinación y el contenido exacto de las normas de derecho internacional consuetudinario”); *ibid.*, párr. 22 (México: el proyecto de conclusiones “proporciona una orientación útil”); *ibid.*, párr. 33 (Irlanda: “el proyecto de conclusiones, los comentarios y la bibliografía [...] serán un recurso útil”); *ibid.*, párr. 61 (Japón: el tema “puede suponer una útil contribución al desarrollo del derecho internacional”); [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 24 (Eslovaquia: los proyectos de conclusión y los comentarios “son un resultado tangible y valioso que ayudará a los jueces y los especialistas a identificar las normas internacionales consuetudinarias en su vertiente práctica”); *ibid.*, párr. 41 (Egipto: el proyecto de conclusiones “será de ayuda para los tribunales y los especialistas”); [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 13 (Ecuador: la metodología propuesta por la Comisión “será de gran utilidad para los profesionales jurídicos, en particular los jueces, que a menudo deben determinar la existencia de normas de derecho internacional

conclusiones y los comentarios recibieron un apoyo amplio y explícito. Se encomió el “cuidadoso y equilibrado enfoque”²⁴ adoptado por la Comisión en toda su labor sobre el tema, así como los esfuerzos por tener en cuenta la práctica de las diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos nacionales²⁵.

16. Si bien se encomiaron los esfuerzos de la Comisión para que los proyectos de conclusión fueran concisos y accesibles (con información más detallada en los comentarios), también se sugirió que en algunos aspectos concretos se podía lograr un mejor equilibrio entre el texto de las conclusiones y el de los comentarios correspondientes. Según Nueva Zelandia, “el deseo de mantener la brevedad y el carácter no excesivamente prescriptivo de los proyectos de conclusión ha dado lugar a declaraciones generales que no siempre ofrecen una orientación clara”²⁶. Los Estados formularon varias sugerencias específicas en este sentido, que se examinan más adelante en el marco de cada conclusión concreta.

17. Los Estados Unidos expresaron su preocupación por el hecho de que el proyecto de conclusiones y los comentarios “pueden dar a entender que el derecho internacional consuetudinario se forma o se identifica fácilmente”²⁷, y China propuso que se añadiera un tercer párrafo al proyecto de conclusión 3 que estableciera que, “en la identificación del derecho internacional consuetudinario, deberá aplicarse un enfoque riguroso y sistemático”²⁸. Israel sugirió que en el comentario se debería indicar que la identificación del derecho internacional consuetudinario “entraña un examen exhaustivo, empírico y objetivo de las pruebas disponibles”²⁹. Francia, sin embargo, sugirió que “[l]os comentarios al proyecto de [conclusiones] se beneficiarían de ejemplos de casos en los que se haya considerado que efectivamente existe una norma de derecho internacional consuetudinario, pues casi todos los

consuetudinario en los casos sometidos a su consideración”); [A/C.6/71/SR.29](#), párr. 97 (Mongolia, que encomia la labor sobre el tema y señala que “el proyecto de conclusiones contribuirá a la aplicación del derecho internacional consuetudinario como fuente importante del derecho internacional público”); observaciones escritas de Singapur, párr. 1 (“el resultado final de la labor de la Comisión servirá de valiosa orientación práctica para los Estados, los tribunales y cortes internacionales y los profesionales”); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 1 (“[c]abe esperar que el proyecto de conclusiones sea un punto de referencia útil para los profesionales y otros interesados llamados a identificar y aplicar normas de derecho internacional consuetudinario”); observaciones escritas de China, párr. 2 (expresa su esperanza de que “las conclusiones y los comentarios, así como los resultados del estudio realizado por la Secretaría, puedan proporcionar una orientación armonizada y clara sobre el derecho internacional y la práctica”); y observaciones escritas de la República de Corea, párr. 2 (“[s]e prevé que el proyecto de conclusiones proporcione directrices autorizadas sobre la identificación y confirmación del derecho internacional consuetudinario para los profesionales de diversos foros jurídicos internos”). Véase también [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 25 (Comité Internacional de la Cruz Roja, que felicita a la Comisión por la aprobación del proyecto de conclusiones y “aprecia enormemente que haya examinado las cuestiones que se plantean” en la identificación del derecho internacional consuetudinario).

²⁴ [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 116 (Alemania).

²⁵ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 72 (Francia).

²⁶ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 5 (si bien agradece los esfuerzos de la Comisión para que los proyectos de conclusión sean concisos y accesibles, “Nueva Zelandia entiende que los proyectos de conclusión deben interpretarse en relación con sus comentarios. Sin embargo, el texto de los proyectos de conclusión debería poder sostenerse por sí solo. En varias ocasiones, los comentarios contienen importantes matizaciones del texto general de los proyectos de conclusión. En opinión de Nueva Zelandia, estos elementos deberían incluirse también en el texto de los proyectos de conclusión”). Véase también [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 45 (Unión Europea, Serbia y Bosnia y Herzegovina).

²⁷ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 58.

²⁸ Observaciones escritas de China, párr. 2.

²⁹ Observaciones escritas de Israel, párr. 32.

ejemplos recogidos en el proyecto existente se refieren a casos en los que se ha rechazado la existencia de tal norma”³⁰.

18. Se sugirió que, en dos aspectos concretos, el proyecto de conclusiones tal vez fuera más allá de la metodología existente y pudiera incluso considerarse “desarrollo progresivo”, a saber, en lo relativo a la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario³¹ y en lo relativo a la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario particular que se aplican de forma bilateral o entre Estados unidos por una causa, un interés o una actividad comunes distintos de su situación geográfica³². Se sugirió, en este contexto, que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema no debía incluir recomendaciones de “desarrollo progresivo” pero que, si lo hacía, estas debían estar claramente identificadas.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

19. El Relator Especial recuerda que el proyecto de conclusiones debe leerse conjuntamente con los comentarios³³. Como ya indicó anteriormente, “hay que tener siempre en mente la necesidad de lograr un equilibrio entre un proyecto de conclusiones que sea claro y conciso, por una parte, y exhaustivo, por otra”³⁴. Las observaciones recibidas sugieren que varios aspectos que se abordan actualmente en los comentarios deberían reflejarse de alguna manera en las propias conclusiones. El Relator Especial formula una serie de sugerencias al respecto en el presente informe.

20. Sin embargo, cabe recordar también que las conclusiones no deben ser demasiado rígidas, al menos por tres razones. En primer lugar, porque tienen que aplicarse en una amplia gama de situaciones que pueden surgir en la práctica. En segundo lugar, porque el derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho es inherentemente contrario a formulaciones exactas: como señaló Australia, es esencial cierto grado de flexibilidad en el establecimiento de la metodología para la identificación del derecho internacional consuetudinario a fin de “asegurar que el dinamismo que caracteriza la formación y el desarrollo de las normas consuetudinarias se refleje en la orientación de la Comisión sobre el tema”³⁵. Y, en tercer y último lugar, porque ciertos matices importantes se pueden reflejar mejor en los comentarios, cuya función es, precisamente, explicar con más detalle las conclusiones. Los comentarios, en palabras de Singapur, deben “aplicarse junto con [las] conclusiones como un todo indisoluble”³⁶. El Relator Especial sugiere que en el

³⁰ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 72.

³¹ Véanse las observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 1 y 2, y [A/C.6/71/SR.20](#), párrs. 56 y 57 (Estados Unidos); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 38 (Israel); y las observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 4 (donde se destaca “la ausencia de fundamentos judiciales en el comentario [sobre esta cuestión]”).

³² Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 19; y observaciones escritas de la República Checa, pág. 3.

³³ Véase también [A/71/10](#), nota 245 de pie de página.

³⁴ Véase el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/695](#)), párr. 14.

³⁵ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 12 (el proyecto de conclusiones “ofrece una metodología flexible y práctica para la determinación de esas normas [de derecho internacional consuetudinario] y su contenido”). Véanse también las observaciones escritas de la República de Corea, párr. 2 (“se requiere un equilibrio adecuado entre la claridad de las normas y la flexibilidad inherente al derecho internacional consuetudinario”). Hubo acuerdo general desde un principio entre los miembros de la Comisión en que “al redactar las conclusiones [sobre el presente tema] la Comisión no debía ser excesivamente prescriptiva” (segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/672](#)), párr. 3 c)).

³⁶ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 40.

comentario general de presentación de las conclusiones se haga hincapié en que las conclusiones y los comentarios deben leerse conjuntamente.

21. El Relator Especial entiende que la Comisión no pretendía que las conclusiones o comentarios aprobados en primera lectura fueran más allá de reflejar la metodología existente para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Esto es coherente con la opinión que expresó al inicio de la labor de la Comisión sobre el tema, a saber, que “el objetivo de la Comisión debería ser describir la situación actual del derecho internacional en lo relativo a la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en el futuro”³⁷. El objetivo del tema es ofrecer orientaciones prácticas y autorizadas sobre la manera de identificar las normas de derecho internacional consuetudinario, y es esencial que, al hacerlo, la Comisión trate de reflejar una metodología consagrada. En cualquier caso, la mayoría de los Estados que formularon observaciones sobre la cuestión indicaron que, en su opinión, el proyecto de conclusiones reflejaba con exactitud la situación existente: como señaló la República de Corea, “el proyecto de conclusiones está bien organizado en general y refleja adecuadamente el estado actual del derecho internacional sobre el tema”³⁸. El Relator Especial reconoce, sin embargo, que podrían introducirse más precisiones en lo relativo a la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales y a las normas de derecho internacional consuetudinario particular. En el presente informe se formulan sugerencias al respecto.

22. El Relator Especial está plenamente de acuerdo con quienes han destacado la importancia de proceder con rigor a la hora de identificar las normas de derecho internacional consuetudinario³⁹. Sin embargo, considera que el texto actual de las conclusiones y los comentarios trata adecuadamente esta cuestión, en particular al comienzo mismo del comentario general⁴⁰.

B. Comentarios y observaciones sobre proyectos de conclusión concretos

Primera parte: Introducción

Conclusión 1: Alcance

1. Comentarios y observaciones recibidos

23. Varios Estados respaldaron el alcance del proyecto de conclusiones, “a saber, que se limiten a la identificación del derecho internacional consuetudinario, y no se centren en la relación con otras fuentes del derecho internacional o el *ius cogens*”⁴¹. El Japón consideró que la Comisión tenía razón al afirmar que “el objetivo del tema debería ser ayudar a determinar la existencia y el contenido de una norma en un momento determinado”⁴². Australia señaló que “la labor de la Comisión no tiene por

³⁷ Véase el primer informe sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/663](#)), párr. 16.

³⁸ Observaciones escritas de la República de Corea, párr. 1.

³⁹ Véase también el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood ([A/CN.4/695](#)), párr. 15.

⁴⁰ Véase [A/71/10](#), párr. 63, párr. 1) del comentario general (“ello requiere un minucioso proceso estructurado de análisis y evaluación jurídicos”).

⁴¹ Observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos (2017), pág. 1; véase también, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 6 (República Checa).

⁴² Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 63 (“el derecho internacional consuetudinario puede formarse de varias maneras, dependiendo del objeto de la norma o de las circunstancias. No es posible determinar la forma en que se constituye la norma o el momento exacto en el que nace”).

objeto proporcionar orientación sobre la dificultad intrínseca de determinar cuándo la práctica de los Estados ha alcanzado una masa crítica tal que da lugar a la formación del derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, el proyecto de conclusiones proporciona orientación a los profesionales sobre la forma de determinar la existencia o el contenido de una norma consuetudinaria en un momento determinado”⁴³. Polonia, por su parte, consideró lamentable “que ni el proyecto de conclusiones ni los comentarios aborden la cuestión de cómo evolucionan las normas de derecho internacional consuetudinario”⁴⁴.

24. España consideró que debía incluirse una conclusión “sobre la carga de la prueba de la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias”⁴⁵. La Federación de Rusia consideró preferible precisar en una conclusión separada que la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional quedaba fuera del alcance del tema (precisión incluida actualmente en el comentario del proyecto de conclusión 1)⁴⁶.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

25. El Relator Especial no sugiere ningún cambio en el proyecto de conclusión 1 aprobado en primera lectura y recuerda que las conclusiones no pasan por alto la formación del derecho internacional consuetudinario. Como se ha explicado, la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario pueden tender a confluir en la práctica, habida cuenta de que los elementos que constituyen el derecho internacional consuetudinario también sirven para determinar su existencia⁴⁷. Así, el nombre del tema se cambió en el entendimiento de que las cuestiones relativas a la formación del derecho internacional consuetudinario se mantendrían dentro del alcance del tema⁴⁸ y, como confirmó la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 2014, la referencia en el proyecto de conclusión 1 a la determinación de la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario “entrañaba inevitablemente una investigación de [su] formación”⁴⁹. Esta cuestión ya se refleja en el comentario⁵⁰.

26. El Relator Especial observa que la cuestión de la carga de la prueba a la hora de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario ya se ha planteado en el seno de la Comisión⁵¹. La existencia de esa carga de la prueba en el plano nacional (y, en su caso, sobre quién recae) dependerá del ordenamiento jurídico nacional y, como explicó la Comisión en el comentario, las conclusiones “no se ocupan de la posición del derecho internacional consuetudinario en los ordenamientos jurídicos nacionales”⁵². En el plano internacional, la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario suele ser una cuestión de análisis jurídico más que de cumplimiento de la carga de la prueba por una de las partes⁵³ (por lo menos en el caso

⁴³ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 15.

⁴⁴ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 31.

⁴⁵ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 111.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 45.

⁴⁷ [A/CN.4/SR.3254](#): acta resumida provisional de la 3254ª sesión de la Comisión (21 de mayo de 2015), pág. 10.

⁴⁸ [A/CN.4/SR.3186](#): acta resumida provisional de la 3186ª sesión de la Comisión (25 de julio de 2013), pág. 6.

⁴⁹ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 3 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

⁵⁰ Véase [A/71/10](#), párr. 63, párr. 4) del comentario del proyecto de conclusión 1.

⁵¹ [A/CN.4/SR.3227](#): acta resumida provisional de la 3227ª sesión de la Comisión (18 de julio de 2014), pág. 6.

⁵² Véase [A/71/10](#), párr. 63, párr. 5) del comentario del proyecto de conclusión 1.

⁵³ Véase, en relación con la Corte Internacional de Justicia, pero posiblemente también en un plano más general, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v.*

del derecho internacional consuetudinario general, en contraposición al derecho internacional consuetudinario particular⁵⁴). Por estas razones, la inclusión de una conclusión sobre la carga de la prueba es innecesaria y podría inducir a error.

27. Tampoco parece necesario incluir una conclusión sobre la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional: el título del tema establece claramente que las conclusiones solo se refieren a la identificación del derecho internacional consuetudinario, aunque, en ese contexto, también abordan, como es obvio, el papel de los tratados y de las decisiones judiciales y la doctrina. El Relator Especial ya había propuesto anteriormente la inclusión de un segundo párrafo en la conclusión relativa al alcance, a fin de aclarar que las conclusiones sobre el tema se entendían sin perjuicio de otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con el *ius cogens*⁵⁵, pero retiró esa propuesta tras el debate en el pleno⁵⁶. En el comentario aprobado en primera lectura ya se indica que en el marco del presente tema no se intenta explicar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional⁵⁷.

Segunda parte: Enfoque básico

Conclusión 2: Dos elementos constitutivos

1. Comentarios y observaciones recibidos

28. El proyecto de conclusión 2 recibió un amplio apoyo de los Estados, lo que confirma una vez más que estos aprueban el enfoque de dos elementos en que se basan las conclusiones y su aplicabilidad en todos los ámbitos del derecho internacional⁵⁸.

United States of America) (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 24 y 25, párr. 29: “A efectos de decidir si la demanda está jurídicamente bien fundada, el principio *iura novit curia* significa que la Corte no depende únicamente de los argumentos invocados por las partes en relación con el derecho aplicable (véase la causa *Lotus, P.C.I.J., serie A, núm. 10*, pág. 31) [...] Como señaló la Corte en las causas relativas a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*: ‘La Corte [...], en su calidad de órgano judicial internacional, debe conocer el derecho internacional y, por lo tanto, tiene la obligación, en las causas comprendidas en el Artículo 53 del Estatuto, al igual que en cualquier otra causa, de tener en cuenta de oficio todas las normas del derecho internacional que puedan ser pertinentes para solucionar la controversia. Dado que es tarea de la propia Corte determinar y aplicar el derecho pertinente en las circunstancias concretas de la causa, no puede imponerse a ninguna de las partes la carga de probar o demostrar las normas del derecho internacional, pues corresponde a la Corte conocer el derecho’ (*I.C.J. Reports 1974*, pág. 9, párr. 17; pág. 181, párr. 18)”.

⁵⁴ Como se explica en el comentario del proyecto de conclusión 16 (en referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia), “[l]a 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” (*A/71/10*, párr. 63, párr. 6) del comentario del proyecto de conclusión 16).

⁵⁵ Véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (*A/CN.4/672*), párr. 15.

⁵⁶ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), págs. 3 y 4, que se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/> (“El párrafo 2 del proyecto de conclusión 1 propuesto originalmente era una cláusula ‘sin perjuicio de’ que excluía del ámbito de aplicación del proyecto de conclusiones la cuestión de la metodología relativa a la identificación de otras fuentes de derecho internacional o de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Tras el debate en pleno, el Relator Especial propuso que se suprimiera esa disposición y optó por que esas cuestiones se abordaran en el comentario. La impresión general era que el proyecto de conclusión 1 debía ser lo más simple posible y que el párrafo 2 podía suprimirse”).

⁵⁷ Véase *A/71/10*, párr. 63, párr. 5) del comentario del proyecto de conclusión 1.

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, *A/C.6/71/SR.21*, párr. 48 (Federación de Rusia), párr. 84 (Reino Unido), párr. 99 (Chile) y párr. 137 (Sudán); *A/C.6/71/SR.22*, párr. 38 (Israel), párr. 44 (Tailandia) y

29. Se propusieron varios cambios en el proyecto de comentario. Los Estados Unidos, si bien estuvieron de acuerdo con el texto actual, según el cual el enfoque basado en dos elementos “no excluye un ejercicio de deducción”, sugirieron que se revisase “para poner de relieve que el enfoque deductivo debe utilizarse con cautela a fin de evitar la identificación de supuestas normas de derecho internacional consuetudinario que no se derivan de una práctica general y reiterada de los Estados que estos siguen por considerarla una obligación jurídica”⁵⁹. Israel consideró que cualquier referencia a la deducción podía socavar el requisito del examen empírico de las pruebas a la hora de identificar las normas de derecho internacional consuetudinario, y sugirió que se eliminara por completo⁶⁰. La Federación de Rusia consideró que la referencia en este contexto a normas ya existentes, como las que formaban parte de un “régimen indivisible”, debía considerarse más bien como el contexto general que debía examinarse en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario (objeto del proyecto de conclusión 3)⁶¹.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

30. El Relator Especial no sugiere ningún cambio en el proyecto de conclusión 2 aprobado en primera lectura. En su debido momento se podrán sugerir modificaciones del comentario a fin de aclarar que con la referencia a la “deducción” no se pretende ofrecer una vía para sustituir el enfoque básico de dos elementos, sino más bien una ayuda ocasional para aplicar ese enfoque en casos como los mencionados en el proyecto de comentario.

Conclusión 3: Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

1. *Comentarios y observaciones recibidos*

31. Los Estados expresaron su satisfacción por la aclaración que figura en el proyecto de conclusión 3, a saber, que en todo análisis de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario se debe tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de los medios para establecer esa existencia⁶². Varios Estados también acogieron con beneplácito “la referencia explícita que se hace en el proyecto de conclusiones a la necesidad de determinar por separado la existencia de una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*), al tiempo que se admite que en algunas circunstancias las mismas formas de prueba pueden servir para establecer la existencia de ambos elementos”⁶³.

32. Los Países Bajos consideraron que no resultaba claro “si para identificar la existencia de una norma se sigue el mismo proceso que para determinar el contenido de esa norma”, y sugirieron que se abordara esta cuestión en el comentario del

párr. 50 (Viet Nam); A/C.6/71/SR.23, párr. 24 (Eslovaquia); y observaciones escritas de Belarús, pág. 2.

⁵⁹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 9 (donde también se sugiere que se suprima la expresión “régimen indivisible”).

⁶⁰ Observaciones escritas de Israel, párr. 32.

⁶¹ Véase A/C.6/71/SR.21, párrs. 46 y 47.

⁶² Véanse, por ejemplo, A/C.6/71/SR.21, párr. 7 (República Checa), párr. 14 (Australia) y párr. 137 (Sudán); y observaciones escritas de China, págs. 1 y 2.

⁶³ Véase A/C.6/71/SR.20, párr. 51 (Finlandia, en nombre de los países nórdicos). Véanse también las observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 1; A/C.6/71/SR.21, párr. 14 (Australia), párr. 48 (Federación de Rusia) y párr. 137 (Sudán); A/C.6/71/SR.22, párr. 34 (Irlanda); A/C.6/71/SR.23, párr. 24 (Eslovaquia); y A/C.6/71/SR.24, párr. 10 (Indonesia).

proyecto de conclusión 3⁶⁴. Israel señaló que debía eliminarse la referencia que se hacía en el proyecto de comentario a la pertinencia de la *opinio iuris* de los que estaban en condiciones de reaccionar ante una determinada práctica, al considerar que “[l]as opiniones generales ofrecidas por Estados que *carecen de práctica* [propia] con respecto a la norma en cuestión no son pertinentes para el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario”⁶⁵. También propuso varias modificaciones del comentario a fin de evitar una excesiva flexibilidad en la identificación del derecho internacional consuetudinario⁶⁶. Israel señaló además que la referencia que se hacía en la conclusión a la necesidad de tener en cuenta “la naturaleza de la norma”, aunque correcta, en realidad solo era pertinente para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario que establecían prohibiciones, y consideró que este extremo debía mencionarse explícitamente⁶⁷.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

33. El Relator Especial no sugiere ningún cambio en el proyecto de conclusión 3. Queda por ver si es conveniente introducir cambios en el comentario a la luz de las observaciones antes mencionadas. En opinión del Relator Especial, no hay ninguna razón por la que, en principio, no sea pertinente examinar todos los factores establecidos en la conclusión para determinar la existencia o el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, incluso si, en determinados casos, uno o varios de esos factores pueden ser más importantes que en otros casos. La referencia a la “naturaleza de la norma”, si bien es especialmente pertinente para la identificación de las normas que establecen prohibiciones (razón por la cual en el comentario se utiliza la expresión “en particular”), también puede aplicarse a otras normas, como las que representan una excepción a una norma más general o las que obligan solo a determinados sujetos de derecho internacional. También en ese caso, la redacción del proyecto de conclusión 3 pretende tanto alertar de la necesidad de cautela en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario como ofrecer cierto grado de flexibilidad, permitiendo que se tengan en cuenta las circunstancias específicas relacionadas con la norma en cuestión.

34. En cuanto a la pertinencia de las opiniones jurídicas de los Estados distintos de los que siguen una práctica determinada, el Relator Especial considera que la investigación de la *opinio iuris* que pueda existir en los casos de práctica pertinente debe complementarse con una búsqueda de la *opinio iuris* de otros Estados a fin de verificar si los Estados están en general de acuerdo o si están divididos en cuanto a la naturaleza vinculante de una práctica concreta⁶⁸. Como ha explicado la Corte Internacional de Justicia, “[l]os Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta ‘demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone’”⁶⁹. En la opinión

⁶⁴ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 5 (“esto no siempre es así. Por ejemplo, en la determinación del contenido de una norma concreta puede ser necesario tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional de conformidad con el proyecto de conclusión 3, párrafo 1, mientras que tal vez esto no ocurra cuando se trata de identificar la existencia de la norma”). Véanse también las observaciones escritas de Israel, párr. 32 3).

⁶⁵ Observaciones escritas de Israel, párr. 8.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 32.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párr. 64, y las referencias que contiene.

⁶⁹ *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. 109, párr. 207 (se omite la cita; donde se indica también que “la invocación por un Estado de un derecho nuevo o de una excepción sin precedentes al principio podría, si es compartida en principio por otros

consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, por ejemplo, la Corte determinó que “los miembros de la comunidad internacional se encuentran profundamente divididos respecto de si el hecho de que [un determinado número de Estados] no [...] haya recurrido a las armas nucleares [...] constituye la expresión de una *opinio iuris*”, y fue precisamente por ese motivo por el que no se consideró capaz de concluir que existía esa *opinio iuris* y, por lo tanto, que existía la norma correspondiente de derecho internacional consuetudinario⁷⁰.

Tercera parte: Una práctica general

Conclusión 4: Requisito de la práctica

1. Comentarios y observaciones recibidos

35. Todos los Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de conclusión 4 convinieron en que el derecho internacional consuetudinario, en principio, era creado por la práctica de los Estados, que servía de prueba de aquel. La Federación de Rusia sugirió que, a fin de reflejar mejor la posición establecida, habría que eliminar la palabra “principalmente” en el párrafo 1 de la conclusión⁷¹.

36. No obstante, hubo opiniones divergentes sobre la posible pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales, a que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4. La mayoría de los Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de conclusión expresaron su apoyo a la afirmación de que “en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”⁷². Rumania, por ejemplo, explicó que los Estados, “al transferir competencias a las organizaciones internacionales, han dotado a estas últimas de una función en la identificación del derecho internacional consuetudinario”, y observó, en este contexto, que, “en términos generales, el proyecto de conclusiones refleja el *statu quo*”⁷³. Los países nórdicos señalaron, en esta misma línea, que compartían “la opinión expresada en el proyecto de conclusión 4 de que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales puede contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario o ser la expresión de esas normas”⁷⁴. Los países nórdicos añadieron que esto “es especialmente cierto en los casos en que esas organizaciones han sido facultadas por los Estados miembros para ejercer competencias en su nombre”⁷⁵. Alemania observó que en el comentario del proyecto de conclusión 4 “se señala acertadamente que, cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a una organización internacional, la práctica de la organización puede equipararse a la práctica de los Estados”⁷⁶. La Unión Europea, por su parte, expresó que esperaba que el trabajo de la Comisión reflejara su potencial

Estados, tender a modificar el derecho internacional consuetudinario” (sin cursiva en el original)).

⁷⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 1996, págs. 226 y ss., en especial pág. 254, párr. 67.

⁷¹ [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 49. Véanse también las observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 5 (en las que se sugiere que se elimine la palabra “principalmente”, junto con el párrafo 2 de la conclusión).

⁷² Véase, además de los Estados que se mencionan más adelante, [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 66 (China); [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 99 (Chile); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 50 (Viet Nam).

⁷³ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 63.

⁷⁴ Observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 1.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 116 (se acoge con satisfacción la referencia explícita a la Unión Europea en ese contexto).

para contribuir al derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, en esferas como la pesca o el comercio⁷⁷.

37. En opinión de otros Estados, era necesario perfeccionar el párrafo 2 y su comentario. Los Países Bajos consideraron que el proyecto de conclusión era demasiado limitado y explicaron que, si bien “las organizaciones internacionales pueden desempeñar [una] función [en la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario], y la desempeñan, por derecho propio”, el texto actual “sugiere una visión de las organizaciones internacionales como simples agentes de los Estados [...] y pone en tela de juicio la idea de la personalidad jurídica internacional de dichas organizaciones”⁷⁸. Además, los Países Bajos indicaron que habría que ampliar las circunstancias que actualmente se reconocen en el comentario en las que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser pertinente⁷⁹. En este sentido, Austria consideró que el texto actual del párrafo 2 era muy restrictivo y explicó que no reflejaba “suficientemente la creciente participación de las organizaciones internacionales universales y regionales en las relaciones internacionales y, por lo tanto, también en la formación del derecho internacional consuetudinario”⁸⁰. Además, Austria indicó que la expresión “en algunos casos” debía detallarse más a fin de proporcionar una orientación más clara para determinar las situaciones en las que la práctica de las organizaciones internacionales “tiene repercusiones en la formación del derecho internacional consuetudinario”⁸¹. Belarús consideró que la única práctica de las organizaciones internacionales que puede ser pertinente son los actos que se refieren “a la práctica de los Estados que actúan en el marco de esas organizaciones, principalmente en sus órganos representativos, no en sus secretarías, los órganos creados en virtud de tratados y otros similares”⁸². Belarús también señaló que podría ser útil incluir una definición del término “organización internacional”⁸³.

38. Sin embargo, otros Estados afirmaron que el texto del párrafo 2 y el comentario eran demasiado amplios. Australia, que se mostró “abierta a la posibilidad de que la

⁷⁷ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 45.

⁷⁸ Observaciones escritas de los Países Bajos, párrs. 2 y 4 (en el párrafo 7 también se indica que el comentario debería ofrecer orientación sobre “cómo distinguir la práctica de la organización de la práctica de los Estados dentro de ella”).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Observaciones escritas de Austria, pág. 1 (en donde se explica que “las actividades de las organizaciones internacionales realizadas en el marco de sus competencias y atribuibles a ellas pueden considerarse como práctica que afecta a la formación del derecho internacional consuetudinario. Dichas actividades se llevan a cabo no solo en las esferas del derecho internacional que afectan exclusivamente a las organizaciones internacionales, sino también en relación con normas aplicables a las organizaciones internacionales y los Estados donde las actividades de ambos actores tienen características comunes. Las normas elaboradas sobre la base de la práctica de las organizaciones internacionales no solo son aplicables a las organizaciones internacionales, sino también a los Estados. Esto se aplica, por ejemplo, a las operaciones de carácter militar”).

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Observaciones escritas de Belarús, pág. 2 (en la pág. 3 se añade que “en cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario, sería más productivo tener en cuenta las actividades de los Estados miembros de esas organizaciones, en lugar de la práctica de las propias organizaciones internacionales, que son sujetos secundarios del derecho internacional”); véase también [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 3 (en el que se indica que “resulta apropiada la redacción [del comentario] en lo que respecta a la equivalencia funcional entre los actos de las organizaciones internacionales y los actos de los Estados, ya que los actos de las organizaciones internacionales pueden interpretarse de manera muy amplia cuando se trata de identificar la ‘práctica’ a los efectos del proyecto de conclusión 4. Por consiguiente, la delegación de Belarús propone considerar la posibilidad de incluir directamente esa redacción en el texto del proyecto de conclusión”).

⁸³ Observaciones escritas de Belarús, pág. 2.

práctica de las organizaciones internacionales pueda contribuir a la formación de la costumbre ‘en ciertos casos’”, conforme se establece en el proyecto de conclusión, señaló que “es preciso examinar si deben incluirse salvedades adicionales”⁸⁴. Singapur indicó que habría que reemplazar las palabras “en algunos casos” por la expresión “en casos limitados” a fin de reflejar “con más exactitud” las circunstancias a que se hace referencia en el comentario⁸⁵. Singapur consideró, además, que en el comentario se debería poner de relieve que “el motivo de que la práctica de [las organizaciones internacionales] pueda contribuir al derecho internacional consuetudinario en esos casos limitados es que, en tales supuestos, la práctica de las organizaciones internacionales refleja la práctica de los Estados”⁸⁶. Turquía propuso que se modificara el texto de la conclusión. En este sentido, Turquía señaló que, “teniendo presente la necesidad de establecer un umbral elevado para el valor probatorio de la práctica de las organizaciones internacionales, sería recomendable utilizar una redacción más prudente y reemplazar la palabra ‘contribuye’ por ‘puede contribuir’”⁸⁷. También Israel consideró que, si bien en el proyecto de comentario “se explica debidamente” la primacía del papel de los Estados y la función más limitada de las organizaciones internacionales en la creación y la expresión del derecho internacional consuetudinario, el texto del propio proyecto de conclusión no lo hace adecuadamente⁸⁸. En particular, Israel señaló que la conclusión debería aclarar más las circunstancias determinadas en las que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser pertinente, a saber, cuando los Estados miembros hayan delegado en ellas competencias exclusivas y cuando las normas pertinentes se refieran a su funcionamiento interno o a sus relaciones con los Estados⁸⁹. La Argentina pensaba que sería útil aclarar si los actos internos de esas organizaciones podían considerarse también pertinentes para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario y opinó “que no, puesto que no tienen carácter internacional”⁹⁰. La Federación de Rusia tenía varias reservas con respecto al párrafo 2 y señaló que en el comentario “no se cita ninguna práctica ni otras fuentes como prueba de que esa práctica permite establecer normas de derecho internacional” y que “la autoridad de la práctica difiere de una organización internacional a otra”⁹¹. Además, la Federación de Rusia señaló que el proyecto de conclusión “debería limitarse más para indicar que la práctica de las organizaciones internacionales puede contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a las propias organizaciones y puede, en determinadas circunstancias, encarnar normas de derecho internacional consuetudinario”⁹².

39. Por otra parte, algunos Estados consideraron que el reconocimiento de cualquier contribución directa de la práctica de las organizaciones internacionales a la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, en palabras de los Estados Unidos, no se sustentaba “en la práctica ni la *opinio iuris* de los Estados

⁸⁴ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 16 (también destacó Australia que el papel de las organizaciones internacionales en la formación de la costumbre, incluida cualquier evaluación de la importancia y pertinencia de su práctica, debía “abordarse con cautela”).

⁸⁵ Observaciones escritas de Singapur, párr. 6.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 7 (donde se añade que ese énfasis “estaría en consonancia con lo que se indica en el proyecto de conclusión 4, párrafo 1”).

⁸⁷ Véase [A/C.6/71/SR.29](#), párr. 66 (Turquía añade que “esto sería también más coherente con los párrafos 2 y 3 del proyecto de conclusión 12”).

⁸⁸ Observaciones escritas de Israel, párr. 5 (donde se hace referencia, en ese contexto, al proyecto de conclusión 4 en particular, así como a los proyectos de conclusión en general).

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 6.

⁹⁰ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 75.

⁹¹ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 49 (la Federación de Rusia explica que “la práctica de las Naciones Unidas, por ejemplo, no puede situarse al mismo nivel que la práctica de las organizaciones regionales”).

⁹² *Ibid.*, párr. 50.

ni en la jurisprudencia pertinente” y, por tanto, estaba fuera de lugar en un instrumento que trataba de ofrecer orientación en cuanto a las normas establecidas respecto de la identificación del derecho internacional consuetudinario⁹³. Teniendo en cuenta que el reconocimiento de esa función de las organizaciones internacionales sería una “interpretación novedosa del derecho internacional que [ampliaría], de manera implícita y retroactiva, los mandatos [exhaustivamente negociados] de las organizaciones internacionales de [una] forma poco clara”⁹⁴, los Estados Unidos opinaron, además, que, incluso como una propuesta para el desarrollo del derecho, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 estaba redactado en un lenguaje demasiado amplio y daba a entender, erróneamente, que cualquier análisis para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario debía incluir el examen de la práctica de las organizaciones internacionales⁹⁵. Se señaló que era mejor “reconocer que la práctica de los Estados que integran las organizaciones internacionales” era la práctica que podía ser pertinente y no la práctica de la organización internacional como tal⁹⁶. Se hicieron varias sugerencias para modificar las conclusiones y los comentarios a fin de reflejar esa posición, en particular, suprimir el párrafo 2 y especificar en el párrafo 3 de la conclusión que las organizaciones internacionales están entre los agentes cuya práctica no contribuye a la formación o expresión del derecho internacional consuetudinario⁹⁷. También se sugirió que en la conclusión 2 se añadieran las palabras “de los Estados” después de la expresión “una práctica general” con objeto de especificarla⁹⁸. Asimismo, México sugirió que la Comisión debía “indicar claramente que la práctica de las organizaciones internacionales contribuye a identificar la práctica de sus Estados miembros y no así, como actualmente se señala, a la formación o expresión misma de la costumbre”⁹⁹. La República Islámica del Irán indicó que “la práctica de los Estados miembros de una organización internacional y la de la propia organización deben examinarse por separado, y solo debe tomarse como prueba la práctica comprobada

⁹³ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párrs. 56 y 57. En sus observaciones por escrito, los Estados Unidos fueron aún más explícitos: “Los Estados Unidos consideran que el proyecto de conclusión 4 (Requisito de la práctica) es una declaración inexacta del estado actual del derecho en la medida en que sugiere que la práctica de entidades distintas de los Estados contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario” (observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 2).

⁹⁴ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 4.

⁹⁵ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 57. Más concretamente, los Estados Unidos indicaron que: a) “ni en el proyecto de conclusión ni en el comentario se define plenamente cuáles son esos casos [en los que la práctica de una organización internacional también puede contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario]”; b) no abordan la “cuestión fundamental” de cómo determinar la *opinio iuris* de una organización internacional; c) no articulan el tipo de conducta que puede resultar pertinente (dado que “no todas las formas de práctica estatal que se examinan en el proyecto de conclusión 6 tienen un equivalente claro en las actividades de las organizaciones internacionales”); d) erróneamente pueden dar lugar a una interpretación según la cual para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario no bastaría con tener en cuenta únicamente la práctica de los Estados o dicha identificación quedaría excluida cuando existiera una práctica contraria de las organizaciones internacionales; y e) no especifican el alcance concreto de la práctica de las organizaciones internacionales que podría ser pertinente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario e inducen a pensar, erróneamente, que siempre es necesario analizar “no solo la práctica de los Estados, sino también la práctica de cientos, si no miles, de organizaciones internacionales con competencias y mandatos muy diferentes” (observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 3 a 5).

⁹⁶ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 5.

⁹⁷ *Ibid.*, págs. 5 y 6.

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 5.

⁹⁹ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 22 (México añadió que el “valor probatorio” de la práctica de las organizaciones internacionales contribuía a identificar la práctica de los Estados y se daba únicamente cuando realizaba “funciones transferidas por los Estados o funcionalmente equivalentes a las de estos”).

de los Estados”¹⁰⁰. Nueva Zelandia, habida cuenta de que el texto actual del párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 va “más allá de la codificación del derecho existente”¹⁰¹, afirmó que “solo debe mantenerse si las ‘ciertas circunstancias’ en que la práctica de una organización internacional puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario se articulan con más claridad en el texto del propio proyecto de conclusión”¹⁰². En este contexto, Nueva Zelandia indicó que “la práctica de una organización internacional no puede contribuir a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario a menos que esté autorizada por las funciones y atribuciones jurídicas de esa organización; haya sido generalmente aceptada a lo largo del tiempo por los Estados miembros de la organización; y la norma de derecho internacional consuetudinario sea una norma a la que quedaría sujeta la propia organización internacional”¹⁰³. Si bien reconoció “la situación especial de la Unión Europea”, Nueva Zelandia pidió cautela en “los intentos de extraer conclusiones generales de ese ejemplo limitado” y abogó por una mejor articulación de la base conceptual en que se basa el proyecto de conclusión¹⁰⁴. Nueva Zelandia también puso de relieve la evidente necesidad de armonizar el texto del párrafo 2 y su comentario con el texto y el comentario de la conclusión 12¹⁰⁵.

40. Si bien, en general, se mostró apoyo al párrafo 3 del proyecto de conclusión, relativo al comportamiento de otros actores¹⁰⁶, la Argentina indicó que sería útil definir las circunstancias en las que se debía tomar en consideración ese comportamiento para determinar cuál es la práctica pertinente¹⁰⁷. China convino en que “el comportamiento de las entidades que no son Estados u organizaciones internacionales no cumple el requisito de la práctica y, por lo tanto, no puede contribuir a la formación o manifestación del derecho internacional consuetudinario”, pero consideró que “resulta dudoso si debe mantenerse en el proyecto de conclusión una frase ambigua como ‘puede ser pertinente’”¹⁰⁸. La Federación de Rusia mostró preocupación, ya que “no está totalmente claro por qué, además de las organizaciones no gubernamentales y los particulares que desempeñan una importante función directa en la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, también se hace referencia [en el comentario del párrafo 3] a los grupos armados no estatales y las empresas transnacionales”¹⁰⁹. Además, la Federación de Rusia indicó que debía añadirse una aclaración en el sentido de que “lo único que importa es la reacción de los Estados a la conducta de esos actores”¹¹⁰. Egipto expresó sus “reservas con respecto a la consideración de otras fuentes, como textos de instituciones académicas y entidades no estatales”¹¹¹.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

41. El Relator Especial reconoce que los Estados siguen manteniendo opiniones muy firmes sobre la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario (y se cree que lo mismo sucede en el seno de la Comisión). El Relator Especial también está de acuerdo

¹⁰⁰ Véase [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 15.

¹⁰¹ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 4.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 12.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 11.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 99 (Chile); [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 16 (India); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 13; observaciones escritas de Singapur, párr. 5.

¹⁰⁷ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 75.

¹⁰⁸ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 66.

¹⁰⁹ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 51.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Véase [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 41.

con la opinión de que se podrían mejorar varias formulaciones que actualmente figuran en el proyecto de conclusión 4 y su comentario. Será necesario un gran esfuerzo para lograr un texto que responda a las preocupaciones de todas las partes.

42. Teniendo en cuenta que todos están de acuerdo en que el elemento primordial en la creación y la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario es la práctica de los Estados¹¹², sería útil tratar de determinar con mayor claridad el alcance del desacuerdo sobre el posible papel de la práctica de las organizaciones internacionales. En primer lugar, no se ha puesto en duda que cuando los Estados ordenan a una organización internacional que realice en su lugar actos que entran dentro del ámbito de sus propias competencias, esa práctica puede ser pertinente para la creación o la expresión del derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, no se ha negado la pertinencia de la práctica de la Unión Europea (u otra organización internacional) en el ejercicio de las competencias exclusivas que le han transferido sus Estados miembros¹¹³, ya que parece evidente que si se excluyera esa práctica se impediría que los propios Estados miembros contribuyeran a la creación o la expresión del derecho internacional consuetudinario¹¹⁴. La conclusión 4 y las conclusiones en general, no deberían producir ese efecto.

43. En segundo lugar, no se expresó oposición a la afirmación de que la práctica de las organizaciones internacionales en sus relaciones entre sí y con los Estados podría dar lugar a normas de derecho internacional consuetudinario o servir de prueba de esas normas, que serían vinculantes en dichas relaciones. Podría decirse que esta posición se refleja en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, que se refiere en su preámbulo a “la codificación y el desarrollo progresivo de las normas relativas a los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales” y en la que se afirma (también en el preámbulo) que “las normas del derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”¹¹⁵. Cabe recordar, en este contexto, que en el memorando de la Secretaría de 2013 se incluía

¹¹² La doctrina ha considerado que el proyecto de conclusiones consagra un “enfoque centrado en el Estado” y “reserva un papel residual a la práctica de las organizaciones internacionales”: véanse, respectivamente, J. Odermatt, “The development of customary international law by international organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), págs. 491 a 511 (en particular, págs. 493 a 497); y R. Deplano, “Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), págs. 227 y 233. También se ha afirmado, con rigor, que, si bien la práctica de las organizaciones internacionales puede no ser tan importante como la de los Estados, el proyecto de conclusiones, tanto en el fondo como en la forma, no se toma “suficientemente en serio” a las organizaciones internacionales: Blokker, “International organizations and customary international law” (véase la nota 22 *supra*), págs. 1 a 12.

¹¹³ Véanse, por ejemplo, las observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 9 (en donde se reconoce “la situación especial de la Unión Europea”); S. D. Murphy, “Identification of customary international law and other topics: the sixty-seventh session of the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, vol. 109 (2015), págs. 822 y 828 (en donde se sugiere que la referencia a la Unión Europea “puede ser válida”, pero se añade que la organización “puede no constituir un ejemplo prototípico de las organizaciones internacionales en general”).

¹¹⁴ Véanse también el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/682), párr. 77; y el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/695), párr. 20.

¹¹⁵ Véase también el art. 38 de la Convención. Sin duda, la Comisión era consciente de que no había que cerrar la puerta a esa posibilidad: véase el acta resumida de la 1442ª sesión de la Comisión (16 de junio de 1977), *Anuario ... 1977*, vol. I, págs. 155 y 156; *Anuario ... 1978*, vol. II, segunda parte, pág. 134, párr. 5; *Anuario ... 1982*, vol. II, segunda parte, pág. 50, párr. 5).

la observación de que “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”¹¹⁶.

44. En tercer lugar, y en términos más generales, no parece haber desacuerdo en cuanto a la idea de que una amplia gama de actos llevados a cabo por las organizaciones internacionales puede ser pertinente y útil para tratar de identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, al determinar la existencia y el contenido de una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de la paz, tal vez deba tenerse en cuenta la experiencia de las fuerzas desplegadas por las Naciones Unidas o por organizaciones como la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental. Asimismo, para determinar si el derecho internacional consuetudinario reconoce una excepción a las deudas en materia de sucesión de Gobiernos en los casos de la denominada “deuda odiosa” no se debería pasar por alto la práctica de instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Sin embargo, parece que hay divergencia de opiniones sobre si esa práctica muestra simplemente lo que hacen los Estados miembros en el seno de la organización pertinente, o por conducto de esta, o si se trata de la práctica de la organización como tal. Si bien, en definitiva, la cuestión parece ser, en gran medida, teórica, la personalidad jurídica internacional independiente de las organizaciones internacionales sugiere que debería prevalecer la segunda opción. Incluso en los casos en que son los Estados miembros los que, en última instancia, pueden autorizar y ordenar esa práctica, como en lo relativo al despliegue de personal de mantenimiento de la paz o a las condiciones de reembolso de los préstamos, es la organización la que actúa. En otras palabras, las organizaciones internacionales actúan en nombre de sus Estados miembros, pero, al hacerlo, son actores por derecho propio. Cabe también recordar el ejemplo de las condiciones estándar del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo para los acuerdos de préstamo, garantía y otras formas de financiación. En esas condiciones se reconoce que, entre las fuentes de derecho internacional público que pueden aplicarse en el supuesto de que surja una controversia entre el Banco y una parte en el acuerdo de financiación, figuran, entre otras, “formas de costumbre internacional, incluida la práctica de los Estados y de las instituciones financieras internacionales, de una generalidad, consistencia y duración que permitan crear obligaciones jurídicas”¹¹⁷.

45. No parece que plantee dificultades especiales la cuestión de cómo establecer la aceptación como derecho (*opinio iuris*) por parte de las organizaciones internacionales. Las formas de prueba mencionadas en la conclusión 10 se pueden aplicar, *mutatis mutandis*, a las organizaciones internacionales¹¹⁸. Las declaraciones de altos funcionarios de la organización, los dictámenes jurídicos del asesor jurídico de la organización, la correspondencia de la organización con sus Estados miembros (u otros), la aceptación por parte de la organización de las disposiciones de los tratados en que se incorporen explícitamente normas de derecho internacional

¹¹⁶ A/CN.4/659: “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario: Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema” (2013), observación 13.

¹¹⁷ European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 de diciembre de 2012), secc. 8.04 b) vi) C) (sin cursiva en el original). Véase también el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/695), nota 19 de pie de página.

¹¹⁸ Véase también Odermatt, “The development of customary international law by international organizations” (nota 112 *supra*), pág. 493.

consuetudinario o las publicaciones oficiales de la organización pueden dar fe de la *opinio iuris* de la organización. Un ejemplo reciente de ello puede encontrarse en la declaración conjunta presentada al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas el 31 de enero de 2017 por unas 24 organizaciones internacionales, en la que las firmantes expresaron su opinión, entre otras cosas, sobre la condición jurídica de las normas contenidas en el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales¹¹⁹.

46. Asimismo, el Relator Especial reconoce que podrían introducirse varias mejoras en el texto del proyecto de conclusión 4 a fin de reflejar mejor la posición real y abordar las preocupaciones planteadas. A fin de destacar la primacía de la práctica de los Estados en este contexto, al tiempo que se reconoce que puede haber casos en los que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser pertinente, se han sugerido varias modificaciones en los párrafos 1 y 2. En particular, se podrían suprimir las palabras “principalmente” y “contribuye a” en el párrafo 1 para reforzar la proposición general que figura en él¹²⁰. En el párrafo 2 se debería añadir la palabra “puede” para hacer hincapié en que es necesario actuar con cautela. Para mayor claridad, la referencia a las “normas de derecho internacional consuetudinario” debería figurar en singular para indicar mejor que la práctica de las organizaciones internacionales no siempre es pertinente. También se ha sugerido que en ambos párrafos se sustituyan las palabras “la formación o la expresión” por las palabras “expresa o crea” [en el párrafo 1] y “la expresión o la creación” [en el párrafo 2], que fueron utilizadas por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma Continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia)*¹²¹. La referencia, en primer lugar, a la expresión y, después, a la creación también podría servir para centrar la atención del párrafo en la tarea de identificación de una norma, lo cual se adecua mejor a la finalidad del tema en su conjunto.

47. Por lo tanto, los párrafos 1 y 2 podrían quedar redactados de la siguiente manera:

1. *El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere a la práctica de los Estados que expresa o crea normas de derecho internacional consuetudinario.*
2. *En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también puede contribuir a la expresión o la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario.*

48. Habría que modificar el comentario en consecuencia. Al referirse a la práctica de las organizaciones internacionales, el comentario podría comenzar explicando brevemente que las organizaciones internacionales son diferentes de los Estados y que, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses

¹¹⁹ “Response to the request of the Under-Secretary General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel of February 8, 2016, for comments and information relating to the draft articles on the responsibility of international organizations pursuant to UN General Assembly resolution 69/126 (2014)”, disponible en línea en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e204.013.1/law-oxio-e204-regGroup-1-law-oxio-e204-source.pdf>.

¹²⁰ No parece conveniente añadir en la conclusión 2 las palabras “de los Estados” a la fórmula de “una práctica general que es aceptada como derecho”, que ya tiene un siglo de antigüedad, entre otras cosas, porque se alejaría innecesariamente de la redacción ampliamente aceptada y flexible, a la par que útil, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹²¹ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 46, párr. 43 (“cabe tener presente que, como la propia Corte aclaró en ese fallo [de 1969], se realizó un análisis de los conceptos y principios que, a su juicio, fundamentaban la práctica efectiva de los Estados que expresa o crea normas consuetudinarias”).

comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado”¹²². A continuación, en el comentario se podría explicar que, si bien las organizaciones internacionales a menudo actúan como foros o catalizadores de la práctica de los Estados, a veces es su propia práctica, en cumplimiento de los mandatos que les atribuyen los Estados, la que puede ser pertinente. Esto es lo que puede ocurrir cuando ejercen, en el plano internacional, competencias exclusivas u otras facultades que se les hayan conferido. Se aclararía que la conclusión no implica que todos los exámenes para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requieran que se analice la práctica de las organizaciones internacionales; solo se debería examinar cuando la práctica de determinadas organizaciones pueda ser pertinente de forma directa, principalmente en virtud de su mandato y su instrumento constitutivo. También se explicaría que el peso que se asigne a la práctica de una organización internacional debería depender de una serie de factores, como el número de miembros de la organización y las aportaciones y la reacción de los Estados miembros a esa práctica. Además, en el comentario se podría explicar que la práctica de las organizaciones internacionales puede ser especialmente pertinente para determinar la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias aplicables a las propias organizaciones. También se debería incluir una oración de carácter general, similar a la que figura en el actual proyecto de comentario¹²³, en la que se explicaría que las referencias a la práctica (y la *opinio iuris*) de los Estados en las conclusiones y sus comentarios deben interpretarse en el sentido de que incluyen, en los casos en que sea pertinente, la práctica (y la *opinio iuris*) de las organizaciones internacionales. De este modo, las propias conclusiones, al hacer referencia principalmente a los Estados, reflejarán el predominio de la práctica de los Estados en este contexto, pero, al mismo tiempo, dejarán margen para examinar la práctica de las organizaciones internacionales en las esferas y los casos en que puedan ser pertinentes.

49. En cuanto al párrafo 3 de la conclusión, se ha sugerido también que, en aras de la coherencia, se sustituya la palabra “formación” por “creación” (y cambiarla de posición en la frase). En el comentario habría que abordar las preocupaciones planteadas, en particular aclarando que “otros actores” no tienen ninguna función directa en la creación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario, y las circunstancias en las que su comportamiento podría tenerse en cuenta al valorar la práctica pertinente. También habría que considerar las referencias a los grupos armados no estatales y a las empresas transnacionales.

Conclusión 5: Comportamiento del Estado como práctica del Estado

1. Comentarios y observaciones recibidos

50. El proyecto de conclusión 5 suscitó pocas observaciones. Chile mostró su apoyo a la redacción de la conclusión y expresó su acuerdo con la aclaración que se hace en el comentario de que “la práctica, para ser considerada como tal, ha de ser de dominio público o al menos darse a conocer a otros Estados”¹²⁴. Asimismo, España también señaló que, sin duda, en el comentario se debería “dejar claro que la práctica ha de ser de dominio público o al menos darse a conocer a otros Estados para que puedan

¹²² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 78, párr. 25 (donde se hace referencia al “principio de especialidad” que rige las organizaciones internacionales). El Relator Especial recuerda que su propuesta de incluir en las conclusiones una definición de “organización internacional” (véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párr. 20) no fue apoyada por la Comisión; en el comentario se incluye una definición de este tipo (A/71/10, párr. 63, párr. 3) del comentario de la conclusión 4).

¹²³ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 3) del comentario de la conclusión 4.

¹²⁴ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 99.

objetar”¹²⁵. Sin embargo, los Estados Unidos consideraron que “el hecho de que la práctica pudiera no ser ‘de dominio público’ o no ser conocida por algunos no excluye su pertinencia para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario” y sugirieron que se suprimiera o revisara la oración correspondiente del comentario¹²⁶. Belarús indicó que tal vez se podría incorporar el enfoque utilizado en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado para la atribución de un comportamiento a un Estado¹²⁷.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

51. El Relator Especial no sugiere ningún cambio en el proyecto de conclusión 5 aprobado en primera lectura. Se podría sugerir la revisión del comentario para que refleje de forma más adecuada la importancia de disponer de práctica para la formación y, lo que quizás es más importante, la identificación del derecho internacional consuetudinario. Hay que recordar que, tras un debate sobre la cuestión en el Comité de Redacción, se consideró que, en este contexto, no tenía cabida la referencia al concepto de atribución establecido en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹²⁸.

Conclusión 6: Formas de práctica

1. *Comentarios y observaciones recibidos*

52. Si bien, en general, el proyecto de conclusión 6 fue acogido con beneplácito, suscitó varias observaciones sobre su redacción y contenido. La Federación de Rusia, tras aceptar que la práctica de los diferentes órganos estatales y ramas del Gobierno podría considerarse práctica del Estado a los efectos del derecho internacional consuetudinario, señaló que no estaba “convencida de que no exista una jerarquía predeterminada” entre las distintas formas de la práctica¹²⁹. La Federación de Rusia reconoció que en el comentario se señalaba que, en realidad, en ciertos casos, podría existir esa jerarquía y propuso una declaración de carácter más general, en el sentido de que “existe una jerarquía en la estructura vertical del poder (el órgano superior tiene más importancia que el inferior) y que depende de la función del órgano de que se trate: la práctica en el ámbito internacional de los representantes de los órganos ejecutivos es más importante que la práctica de los órganos cuya principal responsabilidad se ejerce en los asuntos internos de un Estado”¹³⁰. Por el contrario, Eslovaquia consideró que “no debería existir ninguna jerarquía entre las diferentes formas de prueba de los dos elementos”¹³¹. Además, Eslovaquia acogió con satisfacción “el hecho de que la enumeración de las distintas formas de práctica y *opinio iuris* no [sea] exhaustiva, sino ilustrativa, y deja margen para el análisis de nuevas formas en el futuro”¹³². Los Estados Unidos estuvieron de acuerdo en que “la práctica de los Estados puede revestir una gran variedad de formas, como se indica en el proyecto de conclusión 6”, pero consideraron que habría que cambiar el orden de los ejemplos de formas de práctica estatal que figuraban en el párrafo 2 de la conclusión y “comenzar con la práctica más orientada a la acción, ya que suele ser la

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 106.

¹²⁶ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 9.

¹²⁷ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 4.

¹²⁸ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 10 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>); véase también el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), nota 74 de pie de página y referencias que en ella figuran.

¹²⁹ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 52.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 24.

¹³² *Ibid.*

forma de práctica con más peso probatorio”¹³³. Además, los Estados Unidos formularon sugerencias concretas en este sentido y añadieron que ese cambio de orden “también puede ayudar al lector a distinguir entre la práctica y la *opinio iuris*, ya que es más probable que las declaraciones transmitan la segunda”¹³⁴. Los Estados Unidos también propusieron que se añadiera la palabra “puede” en la segunda oración del párrafo 1, “tanto para mantener la coherencia con las oraciones primera y tercera, que incluyen la palabra ‘puede’, como para subrayar que debe valorarse cada acto de un Estado a fin de determinar si constituye una práctica pertinente a los efectos de un análisis concreto del derecho internacional consuetudinario”¹³⁵. Israel consideró que habría que matizar la referencia a los actos verbales como una forma de práctica añadiendo la expresión “en ocasiones” y señaló que en el comentario se debería aclarar que las declaraciones “ocasionales” o “espontáneas” formuladas por funcionarios del Estado “no son suficientes a los efectos de identificar el derecho internacional consuetudinario y no deberían tenerse en cuenta en este sentido”¹³⁶. Austria indicó que la conclusión 6, así como las conclusiones 7 y 8, también deberían abarcar la práctica de las organizaciones internacionales¹³⁷.

53. Todos los Estados que formularon observaciones sobre la cuestión de la inacción como forma de práctica de los Estados hicieron hincapié en que la inacción únicamente puede considerarse como práctica cuando es deliberada¹³⁸. En este contexto, Chile indicó que el proyecto de conclusión 6 debía “leerse conjuntamente con el comentario para que [...] se entienda debidamente” que “para que la inacción de un Estado pueda constituirse en una práctica, es decir, un elemento de la costumbre, debe ser una conducta deliberada del Estado que se lleve a cabo con plena conciencia y de manera voluntaria con ese único propósito”¹³⁹. Irlanda también acogió con beneplácito “que en el comentario del proyecto de conclusión 6 se advierta de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede considerarse práctica”¹⁴⁰ y los Estados Unidos propusieron varias modificaciones de su texto para “subrayar las limitadas circunstancias en que la inacción constituye práctica estatal”¹⁴¹. Sin embargo, otros Estados señalaron que el propio texto de la conclusión 6 debería hacer una referencia expresa a la inacción deliberada¹⁴².

54. Con respecto a la referencia que se hace en el proyecto de conclusión a las decisiones de los tribunales nacionales, Nueva Zelandia consideró que, en general,

¹³³ Observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 11 y 12 (en las que se sugiere el siguiente orden: “el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones ‘sobre el terreno’; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de los tribunales nacionales; los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”).

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 11.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Observaciones escritas de Israel, párr. 34 (en las que se explica que “el derecho internacional consuetudinario se ocupa de forma muy mayoritaria de los actos materiales, y raramente del comportamiento verbal”); y párrs. 26 y 27.

¹³⁷ Observaciones escritas de Austria, pág. 1.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, además de los Estados mencionados en el presente párrafo, A/C.6/71/SR.22, párr. 7 (Grecia) y párr. 24 (México).

¹³⁹ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 100.

¹⁴⁰ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 34.

¹⁴¹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 10.

¹⁴² Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 27 (El Salvador también indicó que esto debería hacerse en un “párrafo específico sobre la inacción”); A/C.6/71/SR.22, párr. 24 (México) y párr. 75 (Argentina); observaciones escritas de Singapur, párr. 10 (en las que se añade que “tal vez la Comisión desee considerar la posibilidad de sustituir la expresión ‘inacción’ por ‘abstención deliberada de actuar’”); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 16; observaciones escritas de Israel, párr. 11; observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 9.

“solo las decisiones de los tribunales superiores tendrían el peso suficiente para ser consideradas práctica estatal a los efectos de la formación o la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario” y añadió que “es muy difícil imaginar una situación en que una decisión anulada por un tribunal superior se pudiera seguir considerando práctica estatal en este contexto”¹⁴³. Asimismo, Israel señaló que la conclusión y el comentario deberían aclarar que “los actos (leyes, sentencias, etc.) deben ser definitivos y concluyentes para que puedan considerarse” pertinentes, de modo que no quepa interpretar “que actos no definitivos (como proyectos de ley y medidas provisionales) podrían indicar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario”¹⁴⁴. Más concretamente, Israel consideró que “solo deberían tenerse en cuenta [...] las decisiones últimas y definitivas de los tribunales superiores” y que “las declaraciones de los representantes del Estado solo deben atribuirse al Estado si los representantes están debidamente autorizados y las declaraciones se han realizado a título oficial”¹⁴⁵. Por otra parte, Australia consideró que “el enfoque de la Comisión sobre las decisiones de los tribunales nacionales como forma de práctica de los Estados, forma de prueba de la aceptación como derecho y posible ‘medio subsidiario’ para determinar la existencia de una norma consuetudinaria se refleja adecuadamente en los proyectos de conclusión 6, 10 y 13”¹⁴⁶. Grecia indicó que en el comentario se debería aclarar más la distinción entre las decisiones de los tribunales nacionales como una forma de práctica de los Estados y su posible función como medio auxiliar de determinación del derecho, puesto que dicha distinción “no es evidente y resulta difícil establecer esa diferenciación en la práctica”¹⁴⁷. Viet Nam hizo una afirmación similar¹⁴⁸.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

55. La Comisión tal vez desee tener en cuenta las preocupaciones manifestadas por muchos Estados en el sentido de que debería existir una mayor claridad sobre las circunstancias en que la inacción puede ser considerada práctica. Esto podría hacerse suprimiendo del párrafo 1 las palabras “en determinadas circunstancias” y precisando, en cambio, que la inacción debe ser “deliberada”. Esa modificación estaría en consonancia con el comentario actual, en el que se establece expresamente que “las palabras ‘en determinadas circunstancias’ tratan de advertir de que solo el abstenerse deliberadamente de actuar puede [considerarse práctica]”¹⁴⁹. También se propone mejorar el párrafo 1 uniendo las oraciones segunda y tercera. A la luz de las diversas sugerencias formuladas, el párrafo podría redactarse de la siguiente manera:

La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Puede comprender tanto actos materiales como verbales, así como la inacción deliberada.

56. El Relator Especial no considera que únicamente las decisiones de los tribunales superiores puedan ser práctica de los Estados. Ese enfoque ignoraría cómo puede funcionar un Estado (y su poder judicial)¹⁵⁰. Por ejemplo, las partes (que no incluyen

¹⁴³ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 18.

¹⁴⁴ Observaciones escritas de Israel, párr. 20.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 24 y 27.

¹⁴⁶ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 19.

¹⁴⁷ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 9.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 51.

¹⁴⁹ Véase [A/71/10](#), párr. 63, párr. 3) del comentario de la conclusión 6.

¹⁵⁰ En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia tomó nota de las sentencias de los tribunales inferiores de Bélgica como parte de su examen de la práctica de los Estados reflejada en las decisiones judiciales nacionales que se referían a la cuestión de si un Estado tenía derecho a la inmunidad en los procedimientos relativos a actos presuntamente cometidos por sus fuerzas armadas durante un conflicto armado: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 133, párr. 74.

necesariamente al Estado) pueden decidir no apelar una decisión de un tribunal inferior por diversas razones, aun cuando no estén de acuerdo con ella, mientras que un tribunal superior podría tener la facultad discrecional de no admitir un recurso de apelación cuando esté de acuerdo con la sentencia de la instancia inferior. Asimismo, es evidente que, en general, se debería dar un mayor peso a las decisiones de los tribunales superiores y cuando una decisión de un tribunal inferior haya sido revocada por un tribunal superior con respecto a la cuestión pertinente, es probable que se anule el valor probatorio de aquella. Se pueden tener en cuenta las circunstancias relativas a la cuestión de si una determinada práctica refleja la posición de un Estado, como se reconoce, e incluso se exige, en las conclusiones 3 y 7. Se podría matizar el texto del comentario de la conclusión 6, que, en la actualidad, especifica que “es probable que se dé mayor peso a las [decisiones] de los tribunales superiores” y que “las decisiones que hayan sido revocadas en ese aspecto concreto difícilmente se considerarán pertinentes”. Además, aunque el comentario ya se refiere a la posibilidad de la doble función de las decisiones de los tribunales nacionales¹⁵¹, se podría incluir alguna orientación adicional sobre esta cuestión.

57. En cuanto al orden en que se enumeran las posibles formas de práctica en el párrafo 2, el texto actual refleja una elección deliberada del Comité de Redacción, que debatió la cuestión y optó por modificar el texto propuesto inicialmente por el Relator Especial a fin de enumerar “en primer lugar, las formas comunes de práctica en el plano internacional y, después, las formas de práctica en el plano nacional”¹⁵². La Comisión tal vez desee reconsiderar este aspecto y colocar en primer lugar las formas de práctica más tradicionales. En todo caso, las formas de práctica enumeradas podrían aplicarse, *mutatis mutandis*, a las organizaciones internacionales.

58. En el párrafo 3 de la conclusión se indica que no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica. El párrafo tiene por objeto explicar que, en abstracto, ninguna forma de práctica tiene más valor probatorio que cualquier otra y todas pueden ser pertinentes. Dicho párrafo fue incluido por el Comité de Redacción para indicar, entre otras cosas, que el orden en que se enumeran las formas de práctica en el párrafo 2 “no implica que una forma específica de práctica sea *a priori* más importante que otra”¹⁵³. Como señaló el Presidente del Comité de Redacción, el párrafo 3 “no implica, sin embargo, que todas las formas de práctica de los Estados necesariamente tengan el mismo peso. La palabra ‘predeterminada’ indica que, si existe esa jerarquía, debe evaluarse caso por caso”¹⁵⁴. La cuestión de a qué formas de práctica debería concederse mayor peso en un caso determinado se aborda en la conclusión 3 (así como en la conclusión 7), en cuyo comentario se reconoce que “la práctica del poder ejecutivo suele ser la más pertinente en el plano internacional”¹⁵⁵. La Comisión tal vez desee examinar si se debería mantener el párrafo 3 o si la aclaración encajaría mejor en el comentario.

¹⁵¹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 6) del comentario de la conclusión 6.

¹⁵² Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), págs. 13 y 14, que se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/> (en la que se añade que “el orden en que se enumeran las formas no es significativo [...] [y] se eligió solo como cuestión de redacción y no implica que una forma específica de práctica sea *a priori* más importante que otra”); para la propuesta del Relator Especial, véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párr. 48.

¹⁵³ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 14 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁵⁴ *Ibid.* En el comentario de la conclusión 6 se especifica, en relación con el párrafo 3, que “no obstante, en casos concretos, como se explica en los comentarios de los proyectos de conclusión 3 y 7, puede ser necesario dar un peso distinto a diferentes formas (o ejemplos) de práctica cuando se valoran en su contexto” (A/71/10, párr. 63, párr. 7) del comentario de la conclusión 6).

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 5) del comentario de la conclusión 7.

Conclusión 7: Valoración de la práctica de un Estado

1. Comentarios y observaciones recibidos

59. No se formularon muchas observaciones sobre el proyecto de conclusión 7. Los Estados Unidos expresaron su preocupación por el hecho de que el párrafo 2 “pueda interpretarse erróneamente en el sentido de sugerir que, cuando haya variaciones en la práctica de un Estado, se le otorgará menos peso que a la práctica de otros Estados con arreglo al derecho internacional consuetudinario” y, por lo tanto, pueda ser incompatible con el principio de la igualdad soberana de los Estados¹⁵⁶. Sugirieron que sería más exacto considerar que “[un] Estado cuya práctica varía no apoye una norma determinada en la misma medida en que un Estado cuya práctica la respalda de manera constante”, y que el texto del proyecto de conclusión debía modificarse en consecuencia¹⁵⁷. Israel señaló que el proyecto de conclusión 7 no reflejaba el hecho de que “las variaciones en la práctica a menudo indican [simplemente] que el Estado no se considera obligado a actuar de una forma determinada”¹⁵⁸. Propuso que el párrafo 2 se suprimiese o reformulase para que diga que en los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, el peso que se otorgue a esa práctica dependerá de las circunstancias¹⁵⁹. La Federación de Rusia sugirió que la práctica de los órganos estatales tenía un peso diferente a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario (la práctica de la rama ejecutiva prevalecía en el ámbito internacional), por lo que, en principio, no todas las variaciones en la práctica de un Estado debilitaban su importancia¹⁶⁰. Los Países Bajos señalaron que era importante tener en cuenta materiales en idiomas que no son los “más utilizados” al evaluar la práctica de un Estado¹⁶¹.

2. Sugerencias del Relator Especial

60. La conclusión 7 establece orientaciones importantes para la valoración de la práctica de un Estado¹⁶². En el párrafo 1 se afirma que habrá que tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate, que deberá ser valorada en su conjunto para determinar la posición del Estado con respecto a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. No hubo oposición a esta propuesta, que se apoya en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁶³. En el párrafo 2 se establece que, en los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, “se podrá otorgar menos peso a esa práctica”. Con ello se pretende ofrecer orientación en situaciones en las que las pruebas pongan de manifiesto la ambivalencia de un Estado determinado en el sentido de que distintos órganos de ese Estado, o el mismo órgano a lo largo del tiempo, adopten posiciones diferentes con respecto a la supuesta norma.

61. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción en 2014, “[l]a utilización de la palabra “podrá” [en el párrafo 2 de la conclusión 7] significa que esta cuestión [...] debe examinarse con cautela, ya que esa consecuencia [de que se otorgue menos peso a la práctica de un determinado Estado] no debe extraerse necesariamente en

¹⁵⁶ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 12.

¹⁵⁷ *Ibid.*, en especial págs. 12 y 13.

¹⁵⁸ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 39.

¹⁵⁹ Observaciones escritas de Israel (2018), párr. 36 (donde se propone también la correspondiente modificación del comentario).

¹⁶⁰ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 52.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 130.

¹⁶² Véase también la declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 14 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁶³ Véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párr. 50.

todos los casos”¹⁶⁴. La palabra “podrá”, que no aparecía en la propuesta inicial del Relator Especial para este proyecto de conclusión, se introdujo precisamente para tener en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión sobre una posible jerarquía entre las formas de práctica y la práctica contradictoria de un mismo Estado. En el proyecto de comentario también se indica que la “valoración se debe realizar con prudencia y que la conclusión no será necesariamente la misma en todos los casos [...] por ejemplo, es poco probable que, en caso de diferencia en la práctica de los órganos inferiores y superiores del mismo Estado, se dé menos peso a la práctica del órgano superior [...]. La práctica de los órganos de un gobierno central a menudo será más importante que la de los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado; y la práctica del poder ejecutivo suele ser la más pertinente en el plano internacional, aunque puede ser necesario tener en cuenta la situación constitucional de los diversos órganos en cuestión”¹⁶⁵. En el comentario también se hace referencia a la causa relativa a las *Pesquerías*, cuyas circunstancias concretas llevaron a la Corte Internacional de Justicia a concluir que “no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes [...] en la práctica de Noruega”¹⁶⁶. Esta explicación reflejada en el comentario fue acogida con agrado por Alemania, ya que aclaraba que no todos los casos de falta de uniformidad observados en la práctica de los órganos de un Estado debían conducir a otorgar menos peso a la práctica de ese Estado¹⁶⁷.

62. El Relator Especial acepta que el texto del párrafo 2 podría mejorarse para expresar con mayor claridad la necesidad de actuar con cautela en los casos que pretende abarcar y, de ese modo, responder a las preocupaciones planteadas. Sugiere que la conclusión 7, párrafo 2, se modifique para que diga lo siguiente:

En los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá, dependiendo de las circunstancias, otorgar menos peso a esa práctica.

Se propondrán las modificaciones correspondientes del comentario a su debido tiempo.

Conclusión 8: La práctica ha de ser general

1. Comentarios y observaciones recibidos

63. El proyecto de conclusión 8 contó la aprobación general, aunque se propusieron varias modificaciones de su texto y comentario. La Federación de Rusia consideró que la expresión “[p]ráctica general” podía pecar de demasiado ligera” y manifestó su preferencia por el término “práctica establecida” utilizado en el fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*¹⁶⁸. Por otra parte, indicó que prefería la expresión “amplia y virtualmente uniforme” en lugar de las palabras “suficientemente extendida y representativa”¹⁶⁹. Los Estados Unidos también propusieron que la conclusión 8 incorporase el criterio de la práctica “amplia y virtualmente uniforme”, “ampliamente reconocido por los Estados como el umbral que generalmente debe alcanzarse para demostrar la existencia de una norma consuetudinaria”¹⁷⁰. Los Estados Unidos consideraron que el término

¹⁶⁴ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 15 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁶⁵ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 5) del comentario de la conclusión 7.

¹⁶⁶ *Ibid.* (donde se incluye también el comentario de la Corte de que estas incertidumbres o contradicciones “podrían ser fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período”).

¹⁶⁷ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 117.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 48.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 53.

¹⁷⁰ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 13.

“suficientemente” que figura en el párrafo 1 del proyecto de conclusión no era adecuado, ya que no definía con claridad “la cantidad y calidad de la práctica de los Estados que se requiere para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario”¹⁷¹. Israel sugirió que en el comentario debía hacerse referencia a la necesidad de que la práctica sea “virtualmente uniforme” y debía dejarse claro que el número de “Estados que siguen la práctica [...] debe ser decisiva y considerablemente mayor que el número de Estados que no la siguen”¹⁷².

64. Varios Estados criticaron la ausencia de una referencia explícita a los “Estados especialmente afectados”. China consideró apropiado que el contenido de los comentarios de los proyectos de conclusión 8 y 9 se ampliase para “hacer hincapié en que debe tenerse más en cuenta la práctica y la *opinio iuris* de los ‘Estados especialmente afectados’”¹⁷³. Se refirió a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre esta cuestión y explicó que “[d]ebe tenerse plenamente en cuenta la práctica de cualquier país, ya sea grande o pequeño, rico o pobre, fuerte o débil, siempre que ese país tenga un interés concreto y una influencia real en la formación de las normas en un ámbito específico. En su calidad de ‘Estados especialmente afectados’, esos países pueden desempeñar una función en la formulación de las normas de derecho internacional consuetudinario”¹⁷⁴. Los Países Bajos consideraron que la mención a los Estados especialmente afectados debía incluirse en las propias conclusiones 8 y 9, y no únicamente en el comentario (donde el término debía, no obstante, “precisarse”) ¹⁷⁵. En alusión al fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*, propusieron que en los proyectos de conclusión se dejara constancia de “que la práctica y la *opinio iuris* de esos Estados son elementos indispensables para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario” y de que “se debe dar más peso a la práctica y *opinio iuris* de esos Estados que a la de otros Estados”¹⁷⁶. Los Estados Unidos también consideraron que “el importante papel de los Estados especialmente afectados debía abordarse en el texto de la [conclusión 8]” y explicaron que “[l]a exigencia de que se tenga en cuenta la práctica de los Estados especialmente afectados forma parte del criterio establecido en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*”¹⁷⁷. Asimismo, señalaron su preocupación por el hecho de que, tal como están redactados, las conclusiones y los comentarios pueden inducir a confusión en esta cuestión¹⁷⁸. Israel también sugirió que los Estados especialmente afectados “son cruciales para la formación y, en consecuencia, la identificación de las normas consuetudinarias”¹⁷⁹. Igualmente señaló que la práctica (y *opinio iuris*) de esos Estados no solo son “elementos indispensables para determinar la existencia de una

¹⁷¹ *Ibid.* (donde se añade que “de hecho, plantea la cuestión de qué grado de práctica extendida y representativa es ‘suficiente’ para que se cumpla ese criterio”).

¹⁷² Observaciones escritas de Israel, párr. 29.

¹⁷³ Observaciones escritas de China, pág. 2.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Observaciones escritas de los Países Bajos, párrs. 10 y 11.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 13.

¹⁷⁸ *Ibid.* (donde indica que “el proyecto de conclusiones y los comentarios pueden inducir a confusión al definir en el proyecto de conclusión qué se entiende por práctica ‘general’ sin hacer referencia a los Estados especialmente afectados, pero sugerir luego, en el párrafo 4) del comentario, que su práctica es ‘un importante factor’ y utilizar solo la expresión ‘especialmente afectados’ en una nota de pie de página”).

¹⁷⁹ Observaciones escritas de Israel, párr. 29 (donde se añade que “[e]n los casos en que la suma de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados especialmente afectados no está en consonancia con la norma propuesta, o no existe con respecto a esa norma [...], ello debe servir de prueba de que no existe tal norma. Este enfoque se refleja también en el párrafo 74 del fallo de la Corte Internacional de Justicia [dictado] en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*”).

norma de derecho internacional consuetudinario, sino que debe darse a la práctica y *opinio iuris* de esos Estados un peso considerablemente mayor que a la práctica de otros Estados”¹⁸⁰. Israel propuso que se modificaran el texto y el comentario del proyecto de conclusión 8 (así como el proyecto de conclusión 9) para destacar este extremo¹⁸¹.

65. Por otra parte, los Estados Unidos sugirieron que la conclusión 8 debía “reconocer explícitamente que, a la hora de evaluar si una norma es derecho internacional consuetudinario, debe tenerse en cuenta la práctica de los Estados que no corrobora la supuesta norma” y observaron que es fundamental que se dé suficiente peso a esa práctica¹⁸².

2. Sugerencias del Relator Especial

66. El término “práctica general” se encuentra en el artículo 38, párrafo 1 *b*) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y se utiliza comúnmente para referirse al elemento “material” (u “objetivo”) del derecho internacional consuetudinario. También aparece en otra parte del proyecto de conclusiones¹⁸³ y en el comentario aprobado en primera lectura. El Relator Especial considera que debe mantenerse en la conclusión 8.

67. Para explicar más claramente lo que se entiende en este contexto por “general” —ese “adjetivo fundamental que califica a la práctica en el contexto de la determinación de la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario”¹⁸⁴— como pretende hacer la conclusión 8, el Relator Especial desea recordar que el texto actual de la conclusión se “inspiró en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia [y] refleja la flexibilidad del derecho internacional consuetudinario y las situaciones en que se presenta”¹⁸⁵. La expresión “amplia y virtualmente uniforme”, empleada en el fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar del Norte*¹⁸⁶, es solo una de las maneras en que la Corte se ha referido al requisito de una práctica general; en esa misma causa también se utilizó el término “práctica establecida”¹⁸⁷, así como las palabras “muy extendida y representativa”¹⁸⁸. En otras causas se ha aplicado el requisito de una práctica general entendida como práctica “en general [...] constante”¹⁸⁹; “establecida y significativa”¹⁹⁰; “uniforme y

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, en especial párr. 30.

¹⁸² Observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 13 y 14.

¹⁸³ El término “práctica general” aparece también en las conclusiones 2, 3, 4, 9, 11, 12 y 16.

¹⁸⁴ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 16 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports* 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74.

¹⁸⁷ *Ibid.*, en especial pág. 44, párr. 77 y pág. 45, párr. 79. Véase también *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2012, págs. 99 y ss., en especial pág. 122, párr. 55.

¹⁸⁸ *Ibid.*, en especial pág. 42, párr. 73 (que se refiere específicamente a “los demás elementos que normalmente se estiman necesarios antes de que pueda considerarse que una norma convencional se ha convertido en una norma general del derecho internacional”).

¹⁸⁹ *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. 98, párr. 186.

¹⁹⁰ *Ibid.*, en especial pág. 106, párr. 202.

extendida”¹⁹¹; o “constante y uniforme”¹⁹².

68. Ninguna de estas expresiones definen la cantidad y calidad exacta de la práctica que se requiere para identificar una norma específica de derecho internacional consuetudinario. No pueden y, de hecho, no pretenden hacerlo. Por lo tanto, la calificación que otorga la palabra “suficientemente” puede desempeñar un papel importante a la hora de proporcionar más orientación sobre cómo debe evaluarse la generalidad de la práctica en un caso concreto¹⁹³. Dicha palabra ha figurado en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales en este contexto preciso¹⁹⁴. Puede ser particularmente útil para poner de manifiesto que una determinada práctica debe ser lo bastante general como para crear o expresar una norma de derecho internacional consuetudinario, y también para ofrecer cierto grado de flexibilidad que refleje la naturaleza inherente de esta fuente del derecho internacional.

69. La Comisión tal vez desee examinar si la expresión “virtualmente uniforme” puede captar ese aspecto de generalidad con más precisión que la palabra “constante”. El Relator Especial sugiere que la conclusión 8, párrafo 1, se modifique para que diga lo siguiente:

La práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de virtualmente uniforme.

70. En cuanto a los “Estados especialmente afectados”, el Relator Especial recuerda que en su segundo informe sugirió que “[d]ebe tenerse debidamente en cuenta la práctica de los ‘Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados’, en los casos en que pueda determinarse cuáles son”¹⁹⁵. Dicho informe también contenía un proyecto de párrafo a esos efectos¹⁹⁶. Esta propuesta fue bien recibida por varios miembros de la Comisión en el debate en sesión plenaria que tuvo lugar en 2014, pero otros la criticaron. Como explicó el Relator Especial ese año, algunas de esas críticas

¹⁹¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (fondo), fallo, I.C.J. Reports 2001, págs. 40 y ss., en especial pág. 102, párr. 205.

¹⁹² *Colombian-Peruvian asylum case*, fallo de 20 de noviembre de 1950: I.C.J. Reports 1950, págs. 266 y ss., en especial pág. 277; *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. 40.

¹⁹³ El Presidente del Comité de Redacción explicó en 2014 que “[e]l número de Estados cuya práctica se requiere puede variar de un caso a otro, realidad que se resume en la palabra ‘suficientemente’. La práctica también debe ser seguida por un grupo de Estados suficientemente representativo, por lo común en diferentes regiones. La representatividad exacta requerida depende también de la norma en cuestión y esta condición debe examinarse igualmente con cierta flexibilidad”: declaración del Presidente del Comité de Redacción (7 de agosto de 2014), pág. 16 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, I.C.J. Reports 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 42, párr. 73, y pág. 45, párr. 79; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, I.C.J. Reports 1984, págs. 246 y ss., en especial pág. 299, párr. 111; *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. 98, párr. 186, y pág. 108, párr. 205; 2 BvR 1506/03 (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003, párr. 59 (“No obstante, dicha práctica no está lo suficientemente extendida como para considerarse práctica consolidada que crea derecho internacional consuetudinario”). Véase también el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párrs. 52 y 53, en particular la nota 154 de pie de página.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 54 (donde se añade que “[e]n otras palabras, todo análisis de la práctica internacional debe tener en cuenta la práctica de los Estados que se ven ‘afectados o tienen un interés mayor que otro’ en la norma de que se trate, y esa práctica debería tener un gran peso (en la medida en que, en las circunstancias apropiadas, puede impedir que se genere una norma)”).

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 59 (se sugirió que una conclusión relativa a la generalidad de la práctica debía incluir un párrafo que dijera que “[a] examinar la práctica, se ha de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados”).

“no estaban totalmente justificadas. Al parecer, algunos miembros habían malinterpretado el propósito de esa disposición [propuesta], que reflejaba la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Desde luego, la intención del Relator Especial no era dar a entender que la práctica de determinadas ‘grandes potencias’ o de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad debía considerarse esencial para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial opinaba que la explicación que figura en [el informe] bastaba para aclarar el sentido de esa disposición, más aún cuando no utiliza un lenguaje imperativo [...] y la categoría a que se refiere es la de los Estados ‘cuyos intereses se vean especialmente afectados’, que varían según la norma de que se trate y en la que no está necesariamente incluido ningún Estado en particular”¹⁹⁷. En otras palabras, no debe exagerarse la importancia de la noción de ‘Estados especialmente afectados’ para la identificación del derecho internacional consuetudinario, lo cual no implica que *únicamente* se examine la práctica de los Estados especialmente afectados, como algunos parecían temer; simplemente significa que su práctica debe tomarse en consideración. Dado que se entiende que el texto actual de la conclusión 8 incluye este elemento, el Relator Especial sugiere que la Comisión procure reflejar las preocupaciones expresadas ajustando el comentario.

71. Asimismo, al Relator Especial le parece evidente que cualquier investigación sobre la existencia de una práctica general debe tener en cuenta y examinar las prácticas contradictorias o incongruentes, “en particular las que emanan de estos mismos Estados que se dice que siguen o establecen la [supuesta] costumbre”¹⁹⁸. En el comentario podría hacerse una aclaración al respecto.

Cuarta parte: Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

Conclusión 9: Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

1. Comentarios y observaciones recibidos

72. Varios Estados expresaron su reconocimiento por “los comentarios detallados sobre la naturaleza [...] del segundo elemento constitutivo, es decir, la “aceptación como derecho”, incluida la distinción clara entre este y “los motivos extrajurídicos para actuar o no actuar, como la cortesía o la conveniencia u oportunidad política, examinando a fondo cada contexto particular”¹⁹⁹. Austria, por su parte, sugirió que en el comentario debía tomarse en consideración “la importancia del segundo aspecto del elemento constitutivo subjetivo del derecho internacional consuetudinario, la *opinio necessitatis*”, y observó que “[l]a doctrina ha indicado que ciertos comportamientos de los Estados, que de otro modo serían ilícitos, se consideran necesarios desde el punto de vista político, económico o moral”²⁰⁰. El Sudán quiso hacer hincapié en que “el principio de la *opinio iuris* [debe tener] en cuenta todas las partes del mundo y todos los ordenamientos jurídicos en vigor”²⁰¹. Varios otros

¹⁹⁷ A/CN.4/SR.3227: acta resumida provisional de la 3227ª sesión de la Comisión (18 de julio de 2014), pág. 5 (resumen del debate en sesión plenaria).

¹⁹⁸ Para tomar prestadas las palabras de los Magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda, en su opinión separada emitida en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)* (fondo), fallo, I.C.J. Reports 1974, págs. 3 y ss., en especial pág. 50, párr. 16.

¹⁹⁹ Véanse, respectivamente, las observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 1, y A/C.6/71/SR.20, párr. 51 (Finlandia, en nombre de los países nórdicos).

²⁰⁰ Observaciones escritas de Austria, pág. 2.

²⁰¹ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 138.

Estados opinaron que debía hacerse referencia expresa a la importancia de la aceptación como derecho por los Estados especialmente afectados²⁰².

73. Los Estados Unidos propusieron que se utilice “por” en lugar de “con” en la definición de la aceptación como derecho que figura en el párrafo 1 (“la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho”)²⁰³. Esta modificación, según se explicó, “[transmitiría] más claramente que la totalidad de la práctica debe seguirse por el convencimiento de que existe una obligación jurídica”²⁰⁴. Además, si bien los Estados Unidos estuvieron de acuerdo, “en principio, en que el derecho internacional reconoce que los Estados tienen ciertos derechos”, propusieron que se omitiera la referencia expresa al concepto de derecho en la definición de la aceptación como derecho²⁰⁵. Explicaron que la alusión a “derecho” era innecesaria, ya que “los Estados, por lo general, han interpretado la expresión ‘por el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica’ en el sentido de que abarca, cuando procede, la práctica de los Estados seguida por el convencimiento de que existe un derecho o una obligación jurídica”²⁰⁶; y que también podía crear confusión, “al sugerir que, para dilucidar si los Estados *pueden* actuar de cierta manera, es necesario realizar la misma investigación de la práctica de los Estados y la *opinio iuris* que para determinar si los Estados *deben* actuar de esa manera”²⁰⁷. Por consiguiente, se sugirió que la conclusión 9 conservara la “formulación habitual”, que solo hacía referencia a la obligación jurídica, y que el comentario reflejara las aclaraciones mencionadas²⁰⁸. Sin embargo, otros Estados no expresaron reservas con respecto a la definición que figura en el proyecto de conclusión 9. Por ejemplo, la India estuvo “de acuerdo con la Comisión en que la práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*) ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación o un derecho”²⁰⁹.

2. Sugerencias del Relator Especial

74. Como se explicó en el segundo informe sobre el tema, en la práctica internacional y en la doctrina se ha utilizado una gran variedad de expresiones para referirse al elemento de la aceptación como derecho y su relación con el otro elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario²¹⁰. El Relator Especial recuerda que, antes de la aprobación del texto que figura actualmente en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9, “[l]os miembros del Comité de Redacción también formularon varias sugerencias de redacción a ese respecto”²¹¹. Como consta en la declaración realizada en 2015 por el Presidente del Comité de Redacción, “[e]l Comité concluyó que las palabras ‘seguirse con’ hacían posible una mejor comprensión del estrecho vínculo entre los dos elementos que ‘acompañada de’, que

²⁰² Véase el párr. 64 *supra*.

²⁰³ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 7.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*, en especial págs. 7 y 8.

²⁰⁶ *Ibid.* pág. 7 (donde se explica, además, que “[c]on la adición de ‘o un derecho’ en el proyecto de conclusión se corre el riesgo de crear la falsa impresión de que el concepto de derechos no está incluido ya en la expresión ‘el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica’”).

²⁰⁷ *Ibid.* (donde se recuerda también, en especial en la pág. 8, el principio *Lotus* al observar que “los Estados no están obligados a acreditar una *opinio iuris* o una práctica general y constante de los Estados que respalde la licitud de una acción para que puedan seguir lícitamente una práctica que no está sujeta de otro modo a restricciones jurídicas”).

²⁰⁸ *Ibid.*, en especial pág. 8.

²⁰⁹ Véase A/C.6/71/SR.24, párr. 17.

²¹⁰ Véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), págs. 54 y 55, párr. 67.

²¹¹ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 7 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

era la propuesta anterior”²¹². Se prefirió esta formulación, entre otras cosas, porque permitía indicar “que la práctica en cuestión no tiene que estar motivada únicamente por consideraciones jurídicas para ser pertinente para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario”²¹³.

75. En lo que atañe a las palabras “*opinio necessitatis*”, se acepta ampliamente que la expresión latina “*opinio iuris sive necessitatis*” se refiere a un único criterio, como queda demostrado por el hecho de que se suele utilizar su forma abreviada “*opinio iuris*” (incluso en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia)²¹⁴, hecho que quizá tenga “su importancia: lo que generalmente se considera necesario es la existencia de una *opinio* en cuanto al derecho, es decir, que el derecho es, o está en vías de ser, de naturaleza tal que impone o autoriza una determinada acción”²¹⁵. La práctica motivada solo por consideraciones de necesidad política, económica o moral difícilmente puede contribuir al derecho internacional consuetudinario, sobre todo en lo que respecta a su identificación (al contrario de lo que ocurre, posiblemente, cuando comienza a desarrollarse)²¹⁶. Esto no quiere decir que esas consideraciones no puedan estar presentes también en la aceptación como derecho.

76. La propuesta inicial del Relator Especial para la definición del requisito de la aceptación como derecho hacía referencia a una “obligación jurídica”²¹⁷; fue “[t]ras el debate en sesión plenaria [cuando] el Relator Especial modificó su propuesta original para aclarar que la práctica pertinente podía sustentarse no solo en el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica, sino también de un derecho”²¹⁸. De hecho, como han señalado igualmente los Estados Unidos, los Estados que ejercen sus derechos con arreglo al derecho internacional consuetudinario “pueden ejercer esos derechos creyendo que, jurídicamente, tienen derecho a hacerlo”²¹⁹. La Corte Internacional de Justicia también se ha referido a la

²¹² *Ibid.* La propuesta original del Relator Especial era la expresión “acompañada de” (segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), pág. 56, párr. 69).

²¹³ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 7 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹⁴ Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, I.C.J. Reports 2012, págs. 99 y ss., en especial págs. 122 y 123, párr. 55 y pág. 135, párr. 77; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996, págs. 226 y ss., en especial pág. 254, párrs. 65 y 67, y pág. 255, párrs. 70, 71 y 73; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, I.C.J. Reports 1985, págs. 13 y ss., en especial pág. 29, párr. 27; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, I.C.J. Reports 1984, págs. 246 y ss., en especial pág. 299, párr. 111. Cuando la Corte sí que empleó (además) la expresión más larga, se refirió explícitamente al convencimiento de la existencia de una obligación jurídica: *North Sea Continental Shelf*, fallo, I.C.J. Reports 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 77; *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. 109, párr. 207 (en referencia a las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*). En la causa relativa al *Derecho de paso*, la Corte no utilizó la expresión latina más larga, si bien constó en el fallo porque fue empleada por Portugal; la Corte se refirió en su lugar a la aceptación como derecho (véase *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 págs. 11 y 40).

²¹⁵ Véase el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), párr. 65 (donde se cita a H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pág. 78).

²¹⁶ Véase también el segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/672), en especial págs. 46 y 47, párr. 61.

²¹⁷ *Ibid.*, en especial pág. 56, párr. 69.

²¹⁸ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 7 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹⁹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 7.

práctica como “aquella que se ha producido de tal modo que muestra un reconocimiento general de la existencia de una norma de derecho o una obligación jurídica”²²⁰; y como “aquella que ilustra la creencia de que existe una especie de derecho general de los Estados”²²¹.

77. Por consiguiente, el Relator Especial considera que debe mantenerse el texto de la conclusión 9 aprobado en primera lectura. A su debido tiempo, cabría sugerir una modificación del comentario para aclarar que (además de una práctica general) se necesita una aceptación como derecho que sea representativa (y no meramente amplia), en particular por parte de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados, a los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario²²².

Conclusión 10: Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

1. Comentarios y observaciones recibidos

78. Los Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de conclusión 10 trataron de poner de relieve principalmente la necesidad de actuar con especial cautela con respecto a la inacción como prueba de la aceptación como derecho²²³. De ahí que Tailandia agradeciera el uso de las palabras “la falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo”, que son más precisas²²⁴. Irlanda acogió con beneplácito la “nítida declaración” que figura en el comentario respecto de las circunstancias específicas en que la inacción puede tener valor probatorio como prueba de la aceptación como derecho²²⁵. China estuvo de acuerdo en que, por sí sola, “[l]a inacción no puede considerarse consentimiento implícito; el conocimiento por parte del Estado de las normas pertinentes y su capacidad para reaccionar son factores que han de tenerse en cuenta a la hora de establecer si la inacción de ese Estado es intencional y si, por lo tanto, puede servir para probar que existe *opinio iuris*”²²⁶. Australia hizo hincapié en que “[n]o se puede esperar que los Estados reaccionen ante todo, y la atribución de importancia jurídica a la inacción debe depender de las circunstancias del caso”²²⁷. Los Países Bajos también sugirieron que en el comentario se tuviera en cuenta la posibilidad de que un Estado pueda reaccionar de manera confidencial, así como “el papel de las explicaciones que los Estados pueden dar en una etapa posterior para determinadas posiciones y su posible silencio”²²⁸. Nueva Zelandia señaló que la falta de reacción puede entrañar la aceptación como derecho, aunque solo en determinadas circunstancias, y que esa aceptación no puede darse por sentada, porque los Estados pueden optar también por reaccionar de manera confidencial²²⁹. Si bien estuvo de acuerdo con la formulación del párrafo 3, Nueva Zelandia propuso que los “elementos adicionales mencionados” en el comentario debían incluirse en el texto del propio proyecto de conclusión²³⁰. La delegación de la

²²⁰ *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports* 1969, págs. 3 y ss., en especial pág. 43, párr. 74.

²²¹ *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. 108, párr. 206.

²²² Véase A/71/10, párr. 63, párr. 5) del comentario de la conclusión 9.

²²³ Véase, además de los Estados mencionados más adelante, A/C.6/71/SR.21, párr. 55 (Federación de Rusia); A/C.6/71/SR.24, párr. 11 (Indonesia).

²²⁴ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 44.

²²⁵ *Ibid.*, párr. 34.

²²⁶ Véase A/C.6/71/SR.20, párr. 67.

²²⁷ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 17 (donde se añade que “la inacción no debe entenderse como prueba de la aceptación como derecho. Antes que nada, un Estado debe tener conocimiento de una determinada práctica y disponer de un plazo razonable para responder”).

²²⁸ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 13.

²²⁹ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 19.

²³⁰ *Ibid.*, en especial párr. 20 (donde se hace referencia, en particular, al requisito de que el Estado que opte por no reaccionar “debe haberse visto directamente afectado por la práctica en

República Checa expresó una preocupación similar en el sentido de que la actual redacción del proyecto de conclusión 10, párrafo 3, pueda “[no proteger] adecuadamente a los Estados que no se oponen abiertamente a una práctica de otros Estados de la errónea suposición de que aceptan una norma consuetudinaria que se está desarrollando”²³¹. Explicó que “[l]a falta de reacción tiene un significado diferente en función de la magnitud y el grado en que los derechos y obligaciones de un Estado se ven afectados”, y que “la falta de reacción debe considerarse en el contexto general de la situación, en particular cuando el Estado que no reacciona frente al comportamiento de otro Estado sigue sistemáticamente una práctica diferente en su propio comportamiento en relación con los demás Estados”²³². Además, la República Checa sugirió que la Comisión debía “analizar las diferencias entre la falta de reacción ante la práctica pertinente en, por una parte, los casos en que podría crearse una nueva norma de derecho internacional consuetudinario en ámbitos que no hubieran sido regulados aún por ninguna norma de derecho internacional consuetudinario y, por otra parte, los casos en que una nueva norma pudiera apartarse de una norma consuetudinaria ya establecida”²³³.

79. Otros Estados propusieron un enfoque más estricto. Los Estados Unidos estuvieron de acuerdo en que la falta de reacción a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho solo cuando el Estado esté en condiciones de reaccionar y las circunstancias exijan una reacción, pero propusieron como requisito adicional que la decisión de no reaccionar “se adoptase por el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica”²³⁴. Asimismo, Israel afirmó que era necesario “demostrar que la propia falta de reacción se deriva del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria” y propuso también que el comentario aborde la dificultad práctica de encontrar pruebas de la aceptación como derecho a partir de la mera inacción²³⁵.

80. En cuanto a otras formas de prueba de la aceptación como derecho, la India estuvo de acuerdo en que los dictámenes jurídicos gubernamentales pueden ser una prueba valiosa a este respecto, pero sostuvo que “el hecho de que muchos países no [...] publiquen [...] los dictámenes de sus funcionarios jurídicos [...] podría hacer difícil identificarlos”²³⁶. Los Países Bajos consideraron que la referencia a las decisiones de los tribunales nacionales en el proyecto de conclusión 10 debía

cuestión; haber tenido conocimiento de esa práctica; y haber tenido tiempo suficiente y capacidad para responder”).

²³¹ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 8.

²³² *Ibid.* (donde se explica también que “los Estados suelen formular objeciones o protestas abiertamente cuando una práctica afecta de forma directa o considerable a sus intereses, mientras que en los casos en que una práctica afecta a muchos Estados, o a todos ellos, la evaluación de si se reacciona y cómo se reacciona es más variada”). En sus observaciones escritas, la República Checa añadió que la Comisión debía prestar más atención a “la distinción entre, por una parte, la falta de reacción de los Estados que se ven particularmente (especialmente, directamente) afectados o concernidos por la práctica pertinente de otros Estados y son conscientes de la importancia jurídica de su reacción o de su falta de reacción y, por otra parte, la inacción o la falta de reacción de otros Estados que se base en consideraciones políticas o prácticas, o en otras consideraciones extrajurídicas, y que no se derive del convencimiento de la existencia de una obligación jurídica consuetudinaria”: observaciones escritas de la República Checa, pág. 2.

²³³ Observaciones escritas de la República Checa, pág. 2 (donde se explica que “[e]l hecho de que ya exista una determinada norma consuetudinaria es un factor estabilizador y, en general, reduce la necesidad de reaccionar ante la práctica de otros Estados que se desvía de esa norma (el principio es que la desviación respecto de una norma ya establecida se considera una violación de esa norma y no el comienzo de la creación de una nueva norma)”).

²³⁴ Observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 10 y 11 (donde se propusieron modificaciones del texto del proyecto de conclusión y el comentario al respecto).

²³⁵ Observaciones escritas de Israel, párrs. 14 y 15.

²³⁶ Véase [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 18.

matizarse porque esas decisiones “solo pueden constituir prueba de la *opinio iuris* cuando [...] no son rechazadas por el poder ejecutivo del Estado”²³⁷. Belarús opinó que “[c]ualquier comportamiento de un Estado que indique que está aplicando una norma de derecho internacional consuetudinario pese a tener que renunciar a algunas ventajas y beneficios es una forma de prueba de la aceptación de la norma como derecho”²³⁸. Sin embargo, los Estados Unidos señalaron que se debe proceder con cautela al valorar qué constituye prueba de la *opinio iuris* del Estado “a fin de determinar si, de hecho, refleja las opiniones del Estado acerca del estado actual del derecho internacional consuetudinario”²³⁹.

81. Viet Nam señaló que “[e]xiste una divergencia entre las formas de práctica de los Estados establecidas en el proyecto de conclusión 6 y las formas de prueba de la *opinio iuris* enunciadas en el proyecto de conclusión 10”, y sugirió que deben facilitarse aclaraciones a este respecto²⁴⁰. Del mismo modo, la República de Corea indicó que si bien “[e]s natural que haya un solapamiento considerable entre las formas de práctica estatal enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 y las formas de prueba de la aceptación como derecho que figuran en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10”, puede ser útil “buscar la coherencia en el uso de los términos, así como en el orden en que se mencionan en ambas conclusiones” a fin de evitar cualquier posible confusión.²⁴¹ También consideró que “[p]uede ser necesario incluir una explicación para aclarar las discrepancias, cuando las haya”²⁴². Los Países Bajos sugirieron que se incluya en el comentario una referencia a la *opinio iuris* de las organizaciones internacionales²⁴³ y, al igual que Austria, consideraron que sería útil aclarar cómo se identifica o establece la *opinio iuris* en relación con las organizaciones internacionales²⁴⁴.

2. Sugerencias del Relator Especial

82. El Relator Especial está de acuerdo en que la aceptación como derecho no debe deducirse a la ligera de la inacción²⁴⁵, lo cual se refleja en la formulación del proyecto de conclusión 10, párrafo 3²⁴⁶, y se explica con más detalle en el comentario. No

²³⁷ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 12 (donde se añade que “[c]abe afirmar que existe tal rechazo cuando el poder ejecutivo considera y presenta externamente esas decisiones como decisiones que no representan la posición del Estado sobre la cuestión. Esta matización se basa en la idea de que la *opinio iuris* requiere uniformidad entre los distintos poderes del Estado”).

²³⁸ Observaciones escritas de Belarús, pág. 3.

²³⁹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 15.

²⁴⁰ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 50.

²⁴¹ Observaciones escritas de la República de Corea, párr. 3.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 14 (donde se añade que la posibilidad de la *opinio iuris* de las organizaciones internacionales “se desprende de la personalidad jurídica internacional de dichas organizaciones”).

²⁴⁴ Observaciones escritas de Austria, pág. 2; observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 7.

²⁴⁵ Véase también la opinión minoritaria recientemente emitida por el Magistrado de Brichambaut de la Corte Penal Internacional en la causa *Fiscalía c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*: “Si bien el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de la norma vigente de derecho internacional consuetudinario relativa a las inmunidades en determinadas circunstancias, ese silencio también puede reflejar simplemente el carácter delicado de la inmunidad y la falta de voluntad de los funcionarios del Estado de comprometerse a adoptar una posición definitiva sobre la cuestión” (Núm. ICC-02/05-01/09, decisión emitida con arreglo al artículo 87 7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por Sudáfrica de la solicitud de la Corte de detención y entrega de Omar Al-Bashir (6 de julio de 2017), párr. 91); y véase F. Vismara, “Rilievi in tema di inaction e consuetudine internazionale alla luce dei recenti lavori della Commissione del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 99, núm. 4 (2016), págs. 1026 a 1041.

²⁴⁶ Véase también la declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 10 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>) (“El Comité de Redacción compartía la opinión de que no cabía esperar que los Estados reaccionaran a cada caso de práctica de otros

obstante, el Relator Especial acepta que en el comentario podría insistirse más en la especial cautela necesaria y reconocerse explícitamente que los Estados, si se les presiona, pueden dar otras explicaciones para justificar su silencio. Además, esto puede tranquilizar a quienes propusieron un requisito adicional, a saber, que se demuestre que la inacción también está motivada por la aceptación como derecho, lo que puede considerarse un tanto circular.

83. El Relator Especial está de acuerdo con la sugerencia de que en el comentario de la conclusión 10 se incluya una declaración general en el sentido de que las pruebas de la aceptación como derecho deben evaluarse cuidadosamente a fin de determinar si reflejan la opinión jurídica del Estado en cuanto a sus derechos u obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que esa evaluación puede tener en cuenta toda diferencia de opinión que se demuestre que existe entre los distintos órganos del Estado, de conformidad con la orientación ofrecida en la conclusión 7. En el comentario también se puede aclarar que la conclusión 10 se aplica, *mutatis mutandis*, a las organizaciones internacionales, ya que pueden dar lugar a las formas de prueba enumeradas²⁴⁷.

84. El Relator Especial considera que hay buenas razones para las diferencias entre la lista de formas de práctica que figura en el proyecto de conclusión 6 y la lista de formas de prueba de la aceptación como derecho que consta en el proyecto de conclusión 10: cada lista tiene por objeto hacer referencia a los principales ejemplos relacionados con cada elemento constitutivo. Si la Comisión está de acuerdo con esta valoración, tal vez desee considerar la posibilidad de explicarlo en el comentario.

Quinta parte: Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario

Conclusión 11: Tratados

1. Comentarios y observaciones recibidos

85. El proyecto de conclusión 11 recibió un amplio respaldo de los Estados, por considerar que era “útil y refleja con precisión el papel que pueden desempeñar los tratados en este contexto”²⁴⁸. Sin embargo, Singapur estimó que en el texto del proyecto de conclusión 11, párrafo 1, no quedaba claro que se diera “tratamiento distinto según las modalidades por las que una norma convencional puede reflejar el derecho internacional consuetudinario” y propuso que se revisara el texto “para que quede reflejada claramente esa distinción en el texto del propio proyecto de conclusión”²⁴⁹.

86. La Federación de Rusia sugirió que sería preferible aclarar que se estaba haciendo referencia a los acuerdos multilaterales, e introducir en el proyecto de conclusión la frase del comentario que aclaraba que “en sí mismos, los tratados no pueden crear derecho internacional consuetudinario”²⁵⁰. Belarús destacó, de modo

Estados. Se llama la atención sobre las circunstancias que rodean a la falta de reacción a fin de establecer que dichas circunstancias indican que el Estado que decide no actuar considera que esa práctica es compatible con el derecho internacional consuetudinario”).

²⁴⁷ Véase también el párr. 45 *supra* y la nota 119 *supra*; Odermatt, “The development of customary international law by international organizations” (nota 112 *supra*), en especial pág. 493.

²⁴⁸ Observaciones escritas de Nueva Zelanda, párr. 22 (donde se hace referencia específica a las tres categorías mencionadas en el párrafo 1); véase también, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 56 (Federación de Rusia) y párr. 101 (Chile); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 62 (Japón); [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 10 (Indonesia); [A/C.6/71/SR.29](#), párr. 66 (Turquía); observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 16; observaciones escritas de Israel, párr. 38.

²⁴⁹ Observaciones escritas de Singapur, párr. 16.

²⁵⁰ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 56; véase también el párr. 109 (España).

similar, la importancia de los “tratados internacionales multilaterales universales que se ‘convierten’ en costumbre internacional”, y propuso que se examinara más a fondo esa posibilidad²⁵¹. Los Estados Unidos propusieron algunos cambios al comentario, por ejemplo, que se suprimiese la referencia a los tratados ampliamente ratificados como particularmente indicativos ya que “es fácil malinterpretar esa frase y que se entienda que muy probablemente los tratados ampliamente ratificados reflejan normas de derecho internacional consuetudinario, cuando no es así”²⁵². Israel expresó una preocupación similar, incluso con respecto a cualquier referencia al posible valor de tratados que aún no han entrado en vigor o que todavía no han logrado una participación generalizada²⁵³.

87. Nueva Zelandia apreció la cautela impuesta en el párrafo 2 del proyecto de conclusión a la hora de basarse en los tratados bilaterales para identificar el derecho internacional consuetudinario²⁵⁴. La India consideró que “solo las disposiciones convencionales que establecen preceptos fundamentales pueden generar [normas de derecho internacional consuetudinario]” y que “la oposición vehemente a un tratado concreto, incluso si la ejercen solo unos pocos países, puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de identificar el derecho internacional consuetudinario”²⁵⁵. Singapur señaló que una norma de derecho internacional consuetudinario “no debe suponerse que está reflejada en una norma convencional solo porque se considere que otra norma redactada de modo similar en otro tratado diferente es un reflejo del derecho internacional consuetudinario”²⁵⁶.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

88. El Relator Especial considera que no se requiere ningún cambio en el texto del proyecto de conclusión 11, incluido el párrafo 1, que establece las circunstancias en las que se reconoce que una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario. Al igual que en las demás conclusiones, no deben pasarse por alto las explicaciones contenidas en el comentario.

89. En el comentario se pone de relieve la especial importancia de los tratados multilaterales, haciendo referencia a ellos como “los tratados que han obtenido una aceptación cuasiuniversal” o los que han sido aprobados “por una mayoría abrumadora de Estados”²⁵⁷. Dependiendo siempre de las circunstancias de cada caso, es difícil negar este punto, al menos en el caso de ciertas normas enunciadas en esos instrumentos. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, son solamente algunos ejemplos. Al señalar el alcance de la participación en un tratado como posible factor importante no se pretende desvirtuar en modo alguno los estrictos requisitos establecidos en la conclusión para determinar que una norma enunciada en esos tratados (o en otros) refleja una norma de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial sugiere que la Comisión examine el comentario teniendo esto en mente. En este sentido, la aclaración de que, en cualquier caso, los tratados son únicamente vinculantes para las partes en ellos encaja bien en el comentario²⁵⁸. También puede resultar útil mencionar expresamente en este la pertinencia de la

²⁵¹ Observaciones escritas de Belarús, pág. 3.

²⁵² Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 16.

²⁵³ Observaciones escritas de Israel, párr. 38.

²⁵⁴ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 23.

²⁵⁵ Véase [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 18.

²⁵⁶ Observaciones escritas de Singapur, párr. 17.

²⁵⁷ [A/71/10](#), párr. 63, párr. 3) del comentario a la conclusión 11.

²⁵⁸ *Ibid.*, párr. 2).

actitud de los Estados hacia un tratado, tanto en el momento de su celebración como posteriormente.

Conclusión 12: Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Comentarios y observaciones recibidos

90. El proyecto de conclusión 12 obtuvo una amplia aceptación por los Estados que formularon observaciones al respecto²⁵⁹. La Argentina, tras observar que el proyecto de conclusión 12 “refleja la doctrina comúnmente aceptada”, consideró, no obstante, que “cabría darle mayor precisión a sus términos [...] en particular, se podría aclarar si el derecho blando tiene la capacidad de cristalizar normas consuetudinarias internacionales preexistentes”²⁶⁰. Del mismo modo, Chile sugirió que debería explicarse por qué en el proyecto de conclusión 12 no se hace referencia “a los efectos generador y cristizador que se mencionan en el proyecto de conclusión 11”²⁶¹. España se refirió también a las diferencias entre los proyectos de conclusión 12 y 11, y sugirió que las resoluciones no eran menos importantes que los tratados en el contexto actual y que la redacción utilizada en el proyecto de conclusión 11 podría muy bien emplearse en la conclusión 12, al ser “lo suficientemente flexible para acomodarla a las circunstancias de cada resolución y de cada organización”²⁶². España consideró, en términos más generales, que “la falta de paralelismo entre los proyectos de conclusión 11 y 12 podría constituir un problema”²⁶³. En opinión de Polonia, el proyecto de conclusión 12 era “demasiado restrictivo con respecto a la función de las organizaciones internacionales en la creación de normas consuetudinarias”, y sugirió, además, que la conclusión debía distinguir entre “la costumbre que es vinculante únicamente en el ámbito de una organización internacional y la costumbre como parte de las normas consuetudinarias generales”²⁶⁴. La delegación de la Federación de Rusia respaldó el enfoque adoptado en el proyecto de conclusión 12, pero albergaba dudas en cuanto a si una resolución aprobada por una organización internacional “puede considerarse un acto de dicha organización, que es un término bastante amplio que puede incluir no solo las decisiones de órganos integrados por Estados”²⁶⁵. Nueva Zelanda, por su parte, consideró que sería útil ofrecer una explicación más clara de por qué las resoluciones no se consideran “práctica” de la organización de que se trate, en el marco de un examen más amplio de la relación entre la conclusión 12 y la conclusión 4, párr. 2²⁶⁶.

91. Singapur propuso añadir las palabras “en determinadas circunstancias” al párrafo 2 de la conclusión, para reflejar la terminología de la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, y además aclarar que “no todas esas resoluciones pueden constituir un elemento de prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo”²⁶⁷. Los Estados Unidos, tras observar que el proyecto de conclusión y el

²⁵⁹ Véase, además de los Estados que se mencionan más adelante, [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 52 (países nórdicos) y observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 1; [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 9 (República Checa) y párr. 18 (Australia); [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 62 (Japón); [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 10 (Indonesia) y párr. 18 (India); [A/C.6/71/SR.29](#), párr. 66 (Turquía); observaciones escritas de Singapur, párr. 18; observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 17; observaciones escritas de Belarús, pág. 3.

²⁶⁰ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 75.

²⁶¹ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 101.

²⁶² *Ibid.*, párr. 108.

²⁶³ *Ibid.*, párr. 109.

²⁶⁴ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 31.

²⁶⁵ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 57 (donde se hace referencia a las conclusiones 6 y 10).

²⁶⁶ Observaciones escritas de Nueva Zelanda, párr. 25.

²⁶⁷ Observaciones escritas de Singapur, párr. 19.

comentario reflejaban con exactitud que “las resoluciones deben abordarse con mucha cautela”, hizo la misma propuesta²⁶⁸. Singapur sugirió además que, para determinar si ciertos Estados tienen la intención de reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la aprobación de una resolución, resultaría pertinente “examinar las competencias, la composición y las funciones particulares de la organización internacional o la conferencia intergubernamental”, y esos factores deberían por tanto incorporarse en el comentario a la conclusión²⁶⁹. Belarús consideró que en el comentario también debería hacerse referencia a “las situaciones en que hay una falta de apoyo claro a esas resoluciones por parte de los Estados”²⁷⁰. El Sudán observó que “al valorar las resoluciones de las organizaciones internacionales, es importante concentrarse en el órgano de composición más amplia de la organización. Solo se deberían considerar las organizaciones intergubernamentales, y habría que tener en cuenta el contexto y el método de adopción de decisiones”²⁷¹. La República Islámica del Irán sugirió que la base probatoria de las resoluciones de las organizaciones internacionales “sigue suscitando dudas, ya que a veces esas resoluciones son aprobadas por órganos políticos y no reflejan la *opinio iuris*”²⁷². Viet Nam estimó que tal vez sería útil mencionar el ejercicio de la necesaria cautela en otras conclusiones que hacen referencia a las resoluciones²⁷³.

92. Varios Estados sugirieron que debería ponerse de relieve la particular importancia de las resoluciones de la Asamblea General. En opinión de Argelia, “las resoluciones de la Asamblea General, órgano plenario de participación casi universal que proporciona una fuente del derecho internacional legítima y autorizada, no solo deberían ser objeto de especial atención, como se indica en el comentario al proyecto de conclusión 12, sino que deberían tomarse como una categoría independiente, en el contexto de las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales”²⁷⁴. La Federación de Rusia, considerando que el proyecto de conclusión “debería reflejar el hecho de que la autoridad del acto de la organización depende de su universalidad y su situación en las relaciones internacionales”, también sugirió que quizá su texto podría incluir una referencia directa a las Naciones Unidas²⁷⁵. Por su parte, Egipto quiso destacar “la especial importancia de las resoluciones de la Asamblea General, que tiene miembros de todo el mundo”²⁷⁶. Los países nórdicos consideraron que podrían abordarse con mayor detalle en dicho comentario “las características singulares de la Asamblea General y lo que la distingue de otras organizaciones internacionales”, así como “la importancia del contenido de [sus] resoluciones y las condiciones de su aprobación”²⁷⁷.

²⁶⁸ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 17.

²⁶⁹ Observaciones escritas de Singapur, párr. 20.

²⁷⁰ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 4; véanse también las observaciones escritas de Belarús, pág. 4 (donde se explica que “[i]ncluso las resoluciones que son aprobadas por consenso pueden ser prueba, no de la existencia de *opinio iuris*, sino más bien de la falta de interés entre la mayoría de los Estados por las cuestiones de las que se ocupa la resolución o de que sus disposiciones tienen un carácter muy general, lo cual hace que tengan, *ipso facto*, escasas consecuencias jurídicas”).

²⁷¹ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 141.

²⁷² Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 15.

²⁷³ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 50.

²⁷⁴ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 30.

²⁷⁵ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 57.

²⁷⁶ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 41.

²⁷⁷ Véase A/C.6/71/SR.20, párr. 52; observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 1 (donde se observa asimismo que “como también señaló el Relator Especial [...] en su tercer informe, las resoluciones de la Asamblea General pueden ser especialmente pertinentes como prueba del derecho internacional consuetudinario o para darle impulso. Sin embargo, como también se señala en el informe, es preciso actuar con cautela a la hora de determinar el valor

2. Sugerencias del Relator Especial

93. La falta de paralelismo entre los proyectos de conclusión 11 y 12 en lo que respecta a la estructura y la redacción se debió a una opción deliberada de la Comisión en su primera lectura. La Comisión consideró que era importante destacar desde el principio que las resoluciones no pueden crear normas de derecho internacional consuetudinario, tanto para corregir esa idea errónea a menudo divulgada como para expresar más claramente, en el párrafo 2, la verdadera relevancia de dichas resoluciones²⁷⁸. En el párrafo 2, los posibles efectos generadores o cristalizadores de las resoluciones en relación con el derecho internacional consuetudinario están comprendidos en el término “desarrollo”. De hecho, en el comentario se deja claro que, “como sucede con las disposiciones convencionales”, las resoluciones pueden impulsar el crecimiento del derecho internacional consuetudinario o llevar a su conformación²⁷⁹. Además, se establece de manera más general que “gran parte de lo que se dice de los tratados en el proyecto de conclusión 11 es de aplicación para las resoluciones”²⁸⁰. El hincapié que hace la conclusión en la posible utilidad de las resoluciones como prueba para identificar el derecho internacional consuetudinario también significa que no aborda (al menos no directamente) la función directa de las organizaciones internacionales en la creación o la expresión de esas normas²⁸¹. En ese sentido, guarda coherencia con el proyecto de conclusión 4, o, para ser más precisos, no está en contradicción con él.

94. En el comentario ya se menciona que “en este contexto, se presta una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General, un órgano plenario de participación cuasiuniversal, que pueden constituir un medio práctico para examinar las opiniones colectivas de sus miembros”²⁸². No obstante, el Relator Especial reconoce que se podría destacar aún más la importancia potencial de las resoluciones de la Asamblea General. Además, en el comentario se podría hacer una distinción más clara entre las resoluciones de organizaciones internacionales y las de conferencias internacionales especiales²⁸³. También podría especificarse que las conclusiones no abordan directamente el derecho interno de las organizaciones internacionales.

95. El Relator Especial también está de acuerdo en que la conclusión 12 reflejaría mejor el potencial papel de las resoluciones si se reintrodujera alguna expresión a modo de matiz, por ejemplo, “en determinadas circunstancias”²⁸⁴. Esas circunstancias, a las que aludieron varios Estados, ya se mencionan en el comentario. También sería preferible sustituir la palabra “establecer” por “determinar”, para lograr una mayor

normativo de esas resoluciones, ya que “la Asamblea General constituye un órgano político en el cual a menudo no es para nada claro que sus actos tengan trascendencia jurídica”).

²⁷⁸ Véase también la declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 13 (“Esta declaración se formuló en un principio, de forma ligeramente diferente, en la segunda oración de la propuesta realizada por el Relator Especial en su tercer informe. En vista de su importancia en relación con el presente tema, el Comité de Redacción consideró que debía ser objeto de un párrafo específico y figurar al comienzo del proyecto de conclusión”).

²⁷⁹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 7) del comentario a la conclusión 12.

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 3).

²⁸¹ Esto queda aún más claro al haberse incluido la conclusión 12 en la quinta parte de las conclusiones, titulada “Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario”.

²⁸² Véase A/71/10, párr. 63, párr. 2 del comentario a la conclusión 12.

²⁸³ Véanse también las observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 19; Blokker, “International organizations and customary international law” (nota 22 *supra*), pág. 9.

²⁸⁴ Véase también el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/682), párr. 54 (el Relator Especial propuso el texto de la conclusión, incluida la expresión “en algunas circunstancias”).

coherencia de las conclusiones en su conjunto²⁸⁵. La conclusión 12, párrafo 2, quedaría redactada como sigue:

Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir, en determinadas circunstancias, un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.

Conclusión 13: Decisiones de cortes y tribunales

1. Comentarios y observaciones recibidos

96. Aunque el apoyo al proyecto de conclusión 13 fue generalizado²⁸⁶, la distinción entre las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales suscitó varias observaciones. Austria expresó dudas sobre la posibilidad de realizar tal distinción, y explicó que “el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no lo hace, y esa distinción supondría no prestar suficiente atención a decisiones importantes de los tribunales nacionales que, como se indica en el proyecto de conclusión 6, constituyen una forma de práctica de los Estados pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario”²⁸⁷. Añadió que “las posibles diferencias entre decisiones, ya sean de tribunales y cortes internacionales o de tribunales nacionales [como medio auxiliar para la determinación de una norma de derecho], derivan únicamente de la diferente fuerza persuasiva”²⁸⁸. Austria también sugirió que, en la práctica, resultaba difícil mantener una distinción estricta entre tribunales internacionales y nacionales, y señaló a modo de ejemplo “las instancias regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que actúan como tribunales internacionales y también como tribunales cuasinacionales o incluso constitucionales”²⁸⁹.

97. Viet Nam, por otra parte, consideró que era difícil sostener que las decisiones de los tribunales nacionales tenían el mismo valor que las de los tribunales internacionales, y que estas últimas (en particular las de la Corte Internacional de Justicia) debían tener más peso que las primeras²⁹⁰. En opinión de China, las decisiones de los tribunales nacionales “son un mero reflejo del ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, por lo que su importancia para el derecho internacional es limitada”²⁹¹. Nueva Zelandia sugirió que “se dé mayor peso a los fallos de las cortes y los tribunales internacionales” como medios auxiliares y señaló que “esta idea se podría reflejar de forma más directa en la redacción del propio proyecto de conclusión 13”²⁹². El Sudán observó que “las decisiones de la Corte Internacional de Justicia son de vital importancia y no se les puede atribuir el mismo peso que a las decisiones de otros tribunales internacionales”²⁹³, una visión que la Federación de Rusia parece

²⁸⁵ El verbo “determinar” y el sustantivo “determinación” se utilizan en un contexto comparable en las conclusiones 1, 2, 13, 14 y 16.

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 9 (República Checa); observaciones escritas de Singapur, párr. 21; observaciones escritas de Belarús, pág. 3.

²⁸⁷ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 72.

²⁸⁸ *Ibid.*, párr. 73.

²⁸⁹ *Ibid.*, párr. 74.

²⁹⁰ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 51 (donde se explica que “los tribunales nacionales tienen diferentes limitaciones en cada país y la doctrina del precedente en el derecho interno varía de un país a otro”).

²⁹¹ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 68.

²⁹² Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 26.

²⁹³ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 140.

compartir²⁹⁴. México sugirió que sería útil aclarar “si debe existir alguna jerarquía entre el valor probatorio de las decisiones de cortes y tribunales internacionales y aquellas de cortes y tribunales nacionales [como medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario]”²⁹⁵. Indonesia destacó que la importancia real de las decisiones judiciales dependía de la forma en que fueran recibidas²⁹⁶.

98. En opinión de la Federación de Rusia, el comentario a la conclusión 13 debería dejar claro que las decisiones de las cortes y los tribunales solo eran vinculantes para los Estados partes en el caso, y que no podían considerarse pruebas concluyentes con miras a la identificación del derecho internacional²⁹⁷. También sugirió que la propia conclusión debería contener el planteamiento, ya formulado en términos similares en el comentario, de que “el peso de la decisión del tribunal depende de cómo la reciban los Estados y de la posición del tribunal en el sistema de las relaciones internacionales”²⁹⁸. Los Estados Unidos recomendaron que en el comentario se aclarasen en mayor medida las limitaciones impuestas al valor de las decisiones judiciales como medio auxiliar (e hicieron varias sugerencias a tal efecto), pues, explicaron, esto “podría ayudar a los lectores a evaluar de manera más crítica” los pronunciamientos de las cortes y los tribunales en materia de derecho internacional consuetudinario²⁹⁹. España sugirió que se suprimiese el término “auxiliar” de ambos párrafos de la conclusión, y explicó que el hecho de que las decisiones judiciales y la doctrina “no sean una fuente autónoma de derecho internacional, sino que cumplan un papel auxiliar respecto de las fuentes que sí lo son, no quiere decir que, en [la] función de identificación del derecho, les corresponda un papel secundario con respecto a los tratados y las resoluciones de organizaciones internacionales”³⁰⁰.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

99. El Relator Especial considera que la redacción actual del proyecto de conclusión 13 presenta un equilibrio satisfactorio y debe mantenerse. En particular, parece difícil negar que se precisa mayor cautela a la hora de apoyarse en las decisiones de los tribunales nacionales, que pueden reflejar determinada perspectiva nacional y no disponer de conocimientos especializados en materia de derecho internacional. Esto se plasma en el texto de la conclusión, tanto por la distinción entre los dos tipos de decisiones como por la diferente redacción empleada en relación con cada uno de ellos (en particular, la referencia explícita a la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 1, y el uso de las palabras “podrán tomarse en consideración, cuando proceda” en el párrafo 2). Como el Presidente del Comité de Redacción afirmó en 2015, “durante el debate en sesión plenaria, varios miembros advirtieron que las decisiones de los tribunales nacionales no debían elevarse, en cuanto a su valor para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario, al mismo nivel de las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales, que, en la práctica, desempeñan un papel más importante en este contexto. Por consiguiente, el Comité de Redacción decidió abordar las decisiones de los tribunales internacionales y nacionales en dos párrafos separados”³⁰¹. Al mismo tiempo, el comentario deja claro que el valor de todas las

²⁹⁴ *Ibid.*, en especial el párr. 58 (donde se dice que “una decisión de la Corte Internacional de Justicia difícilmente puede situarse al mismo nivel que las decisiones de un tribunal especial o un tribunal de arbitraje establecido en virtud de un acuerdo bilateral”).

²⁹⁵ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 25.

²⁹⁶ Véase A/C.6/71/SR.24, párr. 11.

²⁹⁷ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 58.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 18.

³⁰⁰ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 110.

³⁰¹ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 15 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

decisiones puede variar, “dependiendo de la calidad del razonamiento [...] y de la acogida de la decisión entre los Estados y otros tribunales”³⁰². En el comentario también se explica que “la distinción entre los tribunales internacionales y nacionales no siempre está clara”, y ofrece algunas orientaciones sobre esta cuestión³⁰³.

100. Cabe también recordar que al emplear la expresión “medio auxiliar” para hacer referencia a las decisiones de las cortes y los tribunales, “la intención no [era] minimizar la importancia práctica de esas decisiones, como la palabra ‘auxiliar’ puede dar a entender, sino más bien situarlas en relación con las fuentes del derecho mencionadas en el artículo 38, párrafo 1 a), b) y c) del Estatuto [de la Corte Internacional de Justicia]. Así pues, el término ‘auxiliar’ debe entenderse por oposición a las fuentes primarias”³⁰⁴. En el comentario se aclara este aspecto³⁰⁵, y tal vez la Comisión desee volver a examinarlo para confirmar que lo hace adecuadamente. Pueden considerarse otros pequeños cambios al comentario, a la luz de las sugerencias antes indicadas, como incluir una declaración para aclarar que las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales solo son vinculantes para las partes de que se trate.

Conclusión 14: Doctrina

1. Comentarios y observaciones recibidos

101. Varios Estados expresaron su apoyo al proyecto de conclusión 14 aprobado en primera lectura³⁰⁶. Al mismo tiempo, España propuso que se suprimiese del texto el adjetivo “auxiliar”, a fin de reflejar mejor el papel de la doctrina en la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario³⁰⁷. China, por su parte, señaló que “si bien las opiniones de los expertos en derecho público han sido tradicionalmente una base importante del derecho internacional”, eso ha dejado de ser así³⁰⁸. En opinión de Israel, el comentario a la conclusión debía aclarar que la doctrina consultada debía ser “exhaustiva, empírica y objetiva”³⁰⁹. Los Estados Unidos sugirieron que en el comentario se debía “recomendar a quienes utilicen esos medios auxiliares que recaben opiniones contradictorias o divergentes para evaluar el derecho de la forma más precisa”, a fin de valorar de manera más crítica los pronunciamientos de los publicistas sobre el derecho internacional consuetudinario³¹⁰.

102. Belarús sugirió que en el comentario “debería señalarse que la labor de la Comisión constituye uno de los medios auxiliares más importantes para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario”³¹¹. Chile, por otra parte, apuntó a que la conclusión 12 podría ser el lugar apropiado para mencionar la labor de la Comisión, “ya que normalmente una vez que la Comisión termina un

³⁰² Véase A/71/10, párr. 63, párr. 3) del comentario a la conclusión 13, que también menciona otras posibles consideraciones.

³⁰³ *Ibid.*, párr. 6).

³⁰⁴ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), págs. 15 y 16 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

³⁰⁵ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 2) del comentario a la conclusión 13.

³⁰⁶ Véase, por ejemplo, A/C.6/71/SR.21, párr. 9 (República Checa) y párr. 101 (Chile); observaciones escritas de Belarús, pág. 3.

³⁰⁷ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 110.

³⁰⁸ Véase A/C.6/71/SR.20, párr. 68.

³⁰⁹ Observaciones escritas de Israel, párr. 32.

³¹⁰ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 18.

³¹¹ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 3; véanse también observaciones escritas de Belarús, pág. 4.

proyecto, la Asamblea General adopta medidas para aprobarlo como anexo de una resolución”³¹².

2. *Sugerencias del Relator Especial*

103. El Relator Especial considera que es importante mantener la referencia a la doctrina como “medio auxiliar”, siguiendo así la redacción generalmente aceptada del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (como la Comisión ha elegido hacer de forma deliberada)³¹³. La expresión sintetiza el papel limitado de esos materiales en la identificación del derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo, podría considerarse un posible cambio en el comentario a fin de explicar más claramente que la expresión “medio auxiliar” no pretende sugerir que la doctrina no sea importante en la práctica (como ya se ha hecho con respecto a las decisiones de las cortes y los tribunales en el comentario del proyecto de conclusión 13³¹⁴).

104. En el comentario ya se deja claro que es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, en particular porque “puede reflejar las posiciones nacionales u otras posturas individuales de los autores” y “su calidad [diferir] en gran medida”³¹⁵. También se destaca la importancia de “tener en cuenta, en la medida de lo posible, la doctrina representativa de los principales ordenamientos jurídicos y regiones del mundo y en distintos idiomas”³¹⁶. El Relator Especial no considera indispensable dar orientaciones adicionales sobre la necesidad de evaluar la autoridad de determinada obra, teniendo además en cuenta la formulación empleada en la conclusión (“pueden”).

105. El Relator Especial recuerda que ya se ha llevado a cabo en el seno de la Comisión un amplio debate sobre la forma más adecuada de reflejar la particular importancia de la labor de la Comisión en la identificación del derecho internacional consuetudinario³¹⁷. El Relator Especial había propuesto inicialmente incluir la labor de la Comisión en el apartado “Doctrina”, pero se consideró preferible reconocer que la labor de la Comisión difiere en importantes aspectos de la doctrina formulada por los especialistas, y explicar esto por separado del proyecto de conclusión 14³¹⁸. El Relator Especial considera que el lugar más apropiado para ello es el comentario general que introduce la quinta parte de las conclusiones, y observa el apoyo general de los Estados a este enfoque. Dicho esto, la Comisión puede considerar útil que el comentario a la conclusión 14 incluya una referencia a lo que se establece en el comentario general.

³¹² Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 101 (donde se añade que “de todas maneras, parece conveniente que la referencia a la Comisión quede plasmada explícitamente en un proyecto de conclusión”).

³¹³ Véase también la declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 17 (se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/>).

³¹⁴ Véase [A/71/10](#), párr. 63, párr. 2) del comentario a la conclusión 13.

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 3) del comentario a la conclusión 14.

³¹⁶ *Ibid.*, párr. 4).

³¹⁷ Véase también [A/CN.4/SR.3303](#): acta resumida provisional de la 3303ª sesión de la Comisión (24 de mayo de 2016), pág. 9.

³¹⁸ Véase [A/CN.4/682](#): tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (2015), pág. 50, párr. 65.

Sexta parte: Objeto persistente

Conclusión 15: Objeto persistente

1. Comentarios y observaciones recibidos

106. La inclusión de la norma del objeto persistente en el proyecto de conclusiones recibió el apoyo de casi todos los Estados que abordaron la cuestión³¹⁹. Singapur “afirm[ó] la existencia del principio del “objeto persistente”, como se indica en el proyecto de conclusión 15, párrafo 1, y considera que es una cuestión de *lex lata*”³²⁰. Indonesia compartió la opinión “de que tanto la jurisprudencia como la práctica de los Estados han confirmado” la existencia de la norma³²¹, y Turquía expresó su agradecimiento “por los numerosos ejemplos prácticos mencionados en el comentario”³²². Por otro lado, Chipre y la República de Corea, aunque no necesariamente se opusieron a la inclusión de la norma, afirmaron que seguía siendo controvertida³²³.

107. Varios Estados indicaron que debe abordarse más explícitamente el riesgo de que se abuse de la norma del objeto persistente. Algunos expresaron la opinión de que la norma no podía aplicarse en el caso de las normas con carácter de *ius cogens*, y sugirió que eso debía indicarse en la conclusión o en el comentario³²⁴. Otros Estados acogieron con beneplácito el párrafo con la fórmula “sin perjuicio” que figura en el proyecto de comentario³²⁵. Grecia puso en duda que la norma pudiera ser aplicable “en relación no solo con las normas de *ius cogens*, sino también con la categoría más amplia de los principios generales del derecho internacional”, y sugirió que se abordara la cuestión en el comentario³²⁶. Los países nórdicos expresaron un pensamiento similar, al observar que “se debe prestar especial atención a la categoría de la norma a la que el Estado haya objetado y se debe tener en cuenta el respeto universal de las normas fundamentales, en particular las que atañen a la protección de las personas”³²⁷. Belarús, en apoyo de la norma del objeto persistente, también consideró que no debía aplicarse en detrimento de la comunidad internacional o de “la integridad del sistema jurídico internacional en su conjunto”³²⁸. También se

³¹⁹ Véase, por ejemplo, [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 52 (países nórdicos) y observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 2; [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 9 (República Checa), párr. 28 (El Salvador), párr. 59 (Federación de Rusia), párr. 75 (Austria), párr. 102 (Chile); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 27; observaciones escritas de Belarús, pág. 4.

³²⁰ Observaciones escritas de Singapur, párr. 23.

³²¹ Véase [A/C.6/71/SR.24](#), párr. 11 (donde se añade que “el papel del objeto persistente es muy importante para preservar el carácter consensual del derecho internacional consuetudinario”).

³²² Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 23.

³²³ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párrs. 53 y 54 (donde Chipre considera que es “prematureo elaborar un proyecto de conclusión sobre la cuestión” por el hecho de que “la jurisprudencia internacional ha tratado la cuestión en gran medida *obiter dicta* en casos en los que la norma no había adquirido, en el momento en cuestión, la condición de derecho internacional consuetudinario”, y añade que “es preciso seguir estudiando la cuestión, puesto que [las opiniones divergentes] tiene[n] consecuencias para la autoridad de la norma”, pero expresando a la vez su apoyo a algunas de las aclaraciones proporcionadas en la conclusión); [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 12 (República de Corea) y las observaciones escritas de la República de Corea, párr. 5 (donde se considera que “esta doctrina tiene importantes consecuencias para el proceso de creación de normas en el derecho internacional, lo que exige que se siga examinando con gran cautela”).

³²⁴ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párrs. 28 y 29 (El Salvador) y observaciones escritas de El Salvador, pág. 3; [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 102 (Chile) y párr. 111 (España); observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 28.

³²⁵ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 18 (Brasil); observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 2; observaciones escritas de Singapur, párr. 25; observaciones escritas de Belarús, pág. 2.

³²⁶ Véase [A/C.6/71/SR.22](#), párr. 10; véase también *ibid.* párr. 54 (Chipre).

³²⁷ Observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 2; véase también [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 52 (países nórdicos).

³²⁸ Observaciones escritas de Belarús, pág. 4.

expresó la opinión de que no debe tener cabida la norma del objetor persistente cuando el propósito es soslayar las obligaciones contraídas en virtud de un tratado³²⁹. El Salvador propuso que la conclusión debía “aclarar que los Estados no pueden ampararse en esa figura cuando ya existe una norma de derecho consuetudinario consolidada”³³⁰.

108. La cuestión de en qué medida debía reiterarse una objeción a una norma recibió especial atención. China, tras considerar que, por lo general, el comentario “se adecúa a la práctica internacional”, en la medida que aclaraba que no era necesario que los Estados reaccionaran en cada ocasión, expresó no obstante la opinión de que “si el país de que se trate ha expresado anteriormente su oposición inequívoca en el momento oportuno, no tiene que volver a hacerlo”³³¹. Israel sugirió que se aclarara que “una objeción expresada claramente por un Estado soberano durante el proceso de formación de una norma consuetudinaria es suficiente para establecer esa objeción y, por lo general, no hay que repetirla para que se mantenga en vigor”³³². Los Países Bajos también afirmaron que “[n]o puede haber una obligación de reiterar el deseo de no estar obligado por una norma, si el Estado ha dejado suficientemente claro dicho deseo durante su período de formación”, y añadieron que no podía ser de otra manera “ni desde un punto de vista teórico ni lógico”³³³. Los países nórdicos, por otra parte, se mostraron de acuerdo con el texto del proyecto de conclusión en el sentido de que la objeción debía mantenerse³³⁴, y Chile afirmó igualmente que “el objetor es responsable de que su objeción no se tenga por abandonada”³³⁵. Los Estados Unidos también aceptaron la referencia realizada en el proyecto de comentario a la necesidad de que se determine de manera pragmática si se ha mantenido de manera persistente una objeción (pero sugirieron que el ejemplo ofrecido, a saber, “una conferencia a la que asistiera el Estado objetor y en la que se reafirmara la norma”, puede inducir a error, por lo que sería mejor suprimirla)³³⁶. La Federación de Rusia, a pesar de

³²⁹ Véase [A/C.6/71/SR.20](#), párr. 69 (China); véase también [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 28 (El Salvador).

³³⁰ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 28.

³³¹ Observaciones escritas de China, pág. 3 (donde también se afirma que “la determinación de que un país sea ‘objetor persistente’ debería depender del contexto y deberían considerarse de forma amplia diferentes factores, en particular si, en un caso determinado, el país en cuestión está en condiciones de expresar su oposición”). En el debate de la Sexta Comisión, China dijo que “no puede entenderse que la falta de objeción por un Estado a una nueva norma de derecho internacional consuetudinario constituya una aceptación de esa norma, salvo si ha quedado establecido que el Estado la conocía y tenía la obligación de objetar a ella de forma explícita y persistente para que no se considere que la acepta” ([A/C.6/71/SR.20](#), párr. 69).

³³² Observaciones escritas de Israel, párr. 17 (donde también se recomienda, en el párr. 18, que en la conclusión y el comentario “se incluyan criterios claros para retractarse de una objeción, en el sentido de que debe expresarse claramente como un cambio en la *opinio iuris* del Estado y comunicarse a otros Estados y no simplemente deducirse”).

³³³ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 15 (donde se explica que “una vez que se ha fijado la posición del objetor persistente, dando los pasos necesarios, y se ha establecido la norma consuetudinaria, no es necesario mantener esa posición manifestando continuamente la objeción [...] de hecho, la regla es la contraria, es decir, el Estado perderá esa posición únicamente cuando el objetor persistente tenga una práctica ulterior o exprese una opinión jurídica en apoyo de la ‘nueva’ norma, desviándose de su posición inicial como tal objetor persistente”).

³³⁴ Observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 2.

³³⁵ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 102.

³³⁶ Observaciones escritas de los Estados Unidos, págs. 18 y 19 (donde se explica que “rara vez sería necesario, tal vez nunca, que un Estado formule en una conferencia concreta una objeción a una norma de derecho internacional consuetudinario aceptada por otros Estados para mantener su condición de objetor persistente. Por ejemplo, un Estado podría optar por no formular una declaración en una conferencia diplomática por diversas razones políticas o prácticas que no entrañen necesariamente una opinión jurídica y parece extraño que una declaración formulada después de la conferencia no tenga el mismo efecto con arreglo al derecho internacional consuetudinario que una declaración formulada en la conferencia. En términos más generales, el

respaldar el proyecto de conclusión 15, añadió que la necesidad de que la objeción se mantuviera de manera persistente no estaba exenta de dificultades, ya que “es importante tener en cuenta el funcionamiento de los órganos de gobierno no solo en los Estados desarrollados y bien organizados, sino también en Estados con ministerios de relaciones exteriores más pequeños y sin recursos para mantener su objeción de forma persistente, incluso en situaciones en que sus intereses se ven directamente afectados”³³⁷. Belarús sugirió que el párrafo 2 “debería reformularse, siguiendo el modelo del proyecto de conclusión 10, párrafo 3, para hacer referencia a las situaciones en que los Estados están en condiciones de reaccionar y a las circunstancias que exigen una reacción de ese tipo”³³⁸. Chipre pidió que se aclarara si una objeción “puede mantenerse a largo plazo o, en particular, después de que una norma emergente haya llegado a formar parte del corpus del derecho internacional”³³⁹, y Grecia también dijo que agradecería recibir una aclaración al respecto³⁴⁰.

2. Sugerencias del Relator Especial

109. El proyecto de conclusión 15 y su comentario se aprobaron teniendo en cuenta especialmente la necesidad de prevenir el uso abusivo de la norma del objetor persistente³⁴¹. El párrafo 1, al exigir la formulación de una objeción mientras una norma de derecho internacional consuetudinario “se encontraba en proceso de formación”, expresa claramente que los tiempos son fundamentales y que, una vez que ha surgido una norma, ningún Estado podrá ampararse en una objeción que no haya formulado anteriormente³⁴². El párrafo 2 establece “requisitos estrictos” adicionales³⁴³. También está claro que no cabe excluir una obligación asumida mediante un tratado invocando la norma del objetor persistente. En cuanto a la inaplicabilidad de la norma en relación con el *ius cogens*, el Relator Especial desea recordar que la Comisión ha aceptado desde un principio que el *ius cogens* no estaría comprendido en el presente tema. En la actualidad está considerando un tema independiente titulado “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”³⁴⁴. No obstante, puede que la Comisión desee considerar la posibilidad de incluir en la conclusión la cuestión ya mencionada en el párrafo 10 del comentario, añadiendo un párrafo 3 redactado como sigue:

ejemplo podría dar a entender, erróneamente, que las conferencias internacionales tienen una particular importancia como foros para establecer la práctica pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario, lo cual, a nuestro juicio, es incorrecto”).

³³⁷ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 59.

³³⁸ Véase A/C.6/71/SR.23, párr. 4; véanse también observaciones escritas de Belarús, págs. 4 y 5.

³³⁹ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 54.

³⁴⁰ *Ibid.*, párr. 11.

³⁴¹ Véase también el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/695), párr. 27.

³⁴² Esto se aclara aún más en el comentario: A/71/10, párr. 63, párr. 5) del comentario a la conclusión 15.

³⁴³ *Ibid.*, párr. 2). Véase también A/C.6/71/22, párr. 54 (en el que Chipre afirmó que “como se indica en el proyecto de conclusiones, un Estado que invoque la norma del objetor persistente está obligado a presentar pruebas sólidas de su prolongada y constante oposición a la norma en cuestión, en cualquier caso, antes de su cristalización”).

³⁴⁴ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), pág. 20, que puede consultarse en <http://legal.un.org/ilc/> (“El Comité de Redacción también mantuvo un breve debate sobre la conveniencia de introducir un párrafo adicional que reflejara la imposibilidad de ser objetor persistente respecto de una norma de *ius cogens*. Esta cuestión también se planteó en la sesión plenaria. Cabe recordar que la Comisión decidió no abordar el *ius cogens* en el contexto del presente tema; en efecto, el tema independiente “*Ius cogens*” figura ahora en el programa de trabajo de la Comisión. Por lo tanto, se consideró que sería mejor abordar la cuestión en el marco de ese otro tema”).

La presente conclusión se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens).

110. Aunque la idea de que debería bastar una sola objeción claramente expresada para mantener la condición de objetor persistente resulte persuasiva desde una perspectiva estrictamente voluntarista del derecho internacional, no solo es contraria a la interpretación común de la norma del objetor persistente (al igual que a su propio nombre), sino también a la forma en que la costumbre puede operar como fuente del derecho internacional. En particular, esa opinión “parece ignorar la fuerza jurídica que en ocasiones se puede atribuir al silencio (cuando equivale a la aquiescencia) y restar importancia a la inacción tanto en el desarrollo como en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario”³⁴⁵. En efecto, el requisito de la objeción *persistente* ha sido reconocido por la práctica internacional³⁴⁶, por la doctrina³⁴⁷, y por la propia Comisión, en su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, de 2011³⁴⁸. Como se especifica en el comentario, la objeción persistente significa que la norma consuetudinaria en cuestión no le será aplicable a ese Estado mientras mantenga la objeción³⁴⁹.

³⁴⁵ Véase el cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/695), párr. 28.

³⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), vol. 46, sentencia de 13 de diciembre de 1977 (2 BvM 1/76), núm. 32 (Tubinga, 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 vigente de derecho internacional mediante una perseverante defensa de su derechos (en el sentido de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Pesquerías*, I.C.J. Reports 1951, pág. 131)”); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 965 F.2d (1992), 699, 715, párr. 54 (“Un Estado que de manera persistente objete a una norma de derecho internacional consuetudinario que otros Estados acepten no estará obligado por esa norma”); *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”); *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 norma del objetor persistente obliga a un Estado a objetar de forma persistente durante la formación de la norma en cuestión”). Véase también el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/682), nota al pie 211.

³⁴⁷ Véase, por ejemplo, G. Gaja, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 364 (2012), pág. 43 (“la oposición que la Corte consideró pertinente [en la causa relativa a las *Pesquerías* (*Reino Unido c. Noruega*)] consistía en algo más que una simple actitud negativa ante una norma. Se refería a una oposición a ‘cualquier intento de aplicar’ la norma, y sugería que esos intentos habían resultado infructuosos”); J. Crawford, *ibid.* vol. 365 (2013), pág. 247 (“La objeción persistente [...] debe ser sostenida y clara”); M. H. Mendelson, *ibid.* vol. 272 (1998), pág. 241 (“[...] las protestas deben mantenerse. Esto, en efecto, está implícito en la palabra ‘persistente’ [...] si el Estado, tras haber objetado, no reitera su objeción, tal vez sea adecuado (según las circunstancias) suponer que la ha abandonado”); O. Elias, “Persistent objector”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), párr. 16 (“Si un Estado no mantiene su objeción, puede considerarse que ha dado su aquiescencia”). Puede consultarse una formulación reciente de las consideraciones prácticas y normativas que justifican el requisito de un cierto grado de repetición, en J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 96 a 98.

³⁴⁸ Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, comentario 7) a la directriz 3.1.5.3: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, vol. II (segunda parte) (“Una reserva puede constituir para un ‘objetor persistente’ el medio de manifestar la persistencia 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”).

³⁴⁹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 6) del comentario a la conclusión 15.

111. Al mismo tiempo, como algunos Estados han observado con aprecio³⁵⁰, del comentario aprobado en primera lectura se desprende claramente que la determinación de si se ha cumplido el requisito de la persistencia “debe hacerse de manera pragmática, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso”³⁵¹. También se afirma que “[...] no cabe esperar que los Estados reaccionen en cada ocasión, en especial cuando su posición ya es bien conocida”³⁵².

Séptima parte: Derecho internacional consuetudinario particular

Conclusión 16: Derecho internacional consuetudinario particular

1. Comentarios y observaciones recibidos

112. La gran mayoría de los Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de conclusión 16 expresaron su aprobación general, pero hicieron diversas sugerencias para mejorar el texto y el comentario. Nueva Zelandia sugirió que en el texto de la conclusión se incluyera la aclaración, que figura actualmente en el comentario, de que los Estados interesados son aquellos entre los que se aplica la norma de derecho internacional consuetudinario particular en cuestión³⁵³. Los Estados Unidos también sugirieron que se aclarara en la conclusión que la *opinio iuris* de los Estados interesados significaba que estos aceptaban una determinada práctica como derecho aplicable entre ellos (en lugar de “la creencia errónea de que la norma es una norma de derecho internacional consuetudinario general”)³⁵⁴. Los Países Bajos consideraron que, a fin de evitar confusiones, debía evitarse el término “se aplica” en el párrafo 1³⁵⁵. La República Checa señaló que la conclusión “debería dejar claro que ninguna norma de derecho internacional consuetudinario particular que funciona solo entre un grupo de Estados en particular puede crear obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”³⁵⁶. Grecia acogió con satisfacción la aclaración incluida en el comentario en el sentido de que la aplicación del enfoque basado en dos elementos era más estricta en el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, y agregó que podía “ser útil para ayudar a distinguir entre las costumbres particulares nuevas y las costumbres particulares que derogan otras anteriores, las cuales requieren un nivel de prueba más estricto”³⁵⁷. La Federación de Rusia respaldó explícitamente la redacción del proyecto de conclusión y sugirió que la cuestión de “las disposiciones que se aplican a los elementos constitutivos” de normas particulares de derecho internacional consuetudinario tal vez debería examinarse más a fondo, “incluida la cuestión de si puede surgir una costumbre particular en presencia de un Estado que objeta”³⁵⁸.

113. Dos Estados cuestionaron la definición de derecho internacional consuetudinario particular que figura en el párrafo 1 y sugirieron que algunos elementos no reflejaban la situación actual. Los Estados Unidos señalaron que “[e]l comentario no aporta ninguna prueba de que la práctica de los Estados haya reconocido en general la existencia de derecho internacional consuetudinario bilateral

³⁵⁰ Véanse, por ejemplo, las observaciones escritas de Singapur, párr. 24; las observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 18.

³⁵¹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 9) del comentario a la conclusión 15.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ Observaciones escritas de Nueva Zelandia, párr. 30 (donde se destaca en particular que “la práctica debe ser constante entre todos [esos] Estados”).

³⁵⁴ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 19.

³⁵⁵ Observaciones escritas de los Países Bajos, párr. 16 (donde se sugiere utilizar en su lugar la expresión “que solo obliga a un número limitado de Estados”).

³⁵⁶ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 9.

³⁵⁷ Véase A/C.6/71/SR.22, párr. 12.

³⁵⁸ Véase A/C.6/71/SR.21, párr. 60.

o de derecho internacional consuetudinario particular entre Estados que no tienen alguna relación a nivel regional”, y sugirieron que “son únicamente conceptos teóricos y que no son aún partes reconocidas del derecho internacional”³⁵⁹. Y añadieron que, si se mantenía esa posibilidad en el proyecto de conclusión, el comentario “debería dejar claro que los conceptos [...] constituyen ejemplos de desarrollo progresivo”³⁶⁰. La República Checa expresó reservas similares solamente con respecto a las normas particulares de derecho internacional consuetudinario que podían operar entre los Estados unidos por una causa, un interés o una actividad comunes distintos de su situación geográfica, pues observó que no se habían ofrecido ejemplos concretos y no quedaba claro cómo podía aplicarse en la práctica el criterio relativo a “una causa, un interés o una actividad comunes [...] [o] una comunidad de interés”³⁶¹, y sugirió que se ampliara el comentario en ese sentido o que se suprimiera la referencia a esas normas³⁶².

114. Sin embargo, la mayoría de los Estados que formularon observaciones sobre la cuestión aceptaron que las normas de derecho internacional consuetudinario particular podían operar entre los Estados unidos por una causa, un interés o una actividad comunes distintos de su situación geográfica. Los países nórdicos estuvieron de acuerdo en que, si bien “suele existir cierta afinidad geográfica entre los Estados a los que se aplica una norma de derecho internacional consuetudinario particular [...] en principio, el derecho internacional consuetudinario particular pued[e] desarrollarse entre Estados unidos por otras causas, intereses o actividades comunes”³⁶³, y subrayaron, al mismo tiempo, que “esos denominadores comunes deberían ser muy claramente identificables entre los Estados interesados”³⁶⁴. Chile consideró “natural que existan entre las diversas regiones geográficas y pueblos, incluso los que comparten intereses similares, normas consuetudinarias de carácter no general”³⁶⁵. Belarús señaló asimismo que “la práctica que da lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario puede depender de fortalezas o características tecnológicas, científicas, geográficas o de otra índole de los Estados”, incluidas las históricas, militares y políticas³⁶⁶. Austria, que valoró específicamente el hecho de que el proyecto de conclusión reconociera que era posible que una norma de derecho internacional consuetudinario particular se desarrollara entre Estados unidos por una causa, un interés o una actividad comunes distintos de su situación geográfica, consideró útil incluir ejemplos de esas normas en el comentario y mencionó dos posibles ejemplos³⁶⁷. Eslovaquia señaló asimismo que “nada impide que también pueda desarrollarse una norma de derecho internacional consuetudinario particular entre Estados que estén unidos por una causa, interés o actividad común o constituyan una comunidad de interés”, pero sugirió que debían aportarse más precisiones sobre esas normas en el comentario³⁶⁸. Nueva Zelandia estuvo de acuerdo en que las normas de derecho internacional consuetudinario particular podían existir “en un determinado

³⁵⁹ Observaciones escritas de los Estados Unidos, pág. 19.

³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 20.

³⁶¹ Observaciones escritas de la República Checa, pág. 3.

³⁶² *Ibid.* Véase también [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 9.

³⁶³ Observaciones escritas conjuntas de los países nórdicos, pág. 2.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 103.

³⁶⁶ Observaciones escritas de Belarús, pág. 5 (donde se añade que “se acepta, en general, que hay ciertas costumbres seguidas por las ‘naciones que realizan actividades espaciales’ o por otras naciones en materia de alta tecnología” y se señala la importancia que puede tener, en este contexto, la expresión ‘Estados especialmente afectados’, en referencia a los Estados pertinentes). Véase también [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 4.

³⁶⁷ Véase [A/C.6/71/SR.21](#), párr. 76 (“Convendría incluir algunos ejemplos en el comentario, como la comprensión que se ha abierto paso de que el derecho internacional consuetudinario particular prohíbe ya la pena de muerte y el uso de armas nucleares”).

³⁶⁸ Véase [A/C.6/71/SR.23](#), párr. 24.

contexto geográfico común o de otra índole”, pero consideró que “no pueden sustituir o suspender la aplicación de los principios fundamentales del derecho internacional” y sugirió que se reflejara este extremo en el comentario³⁶⁹.

2. *Sugerencias del Relator Especial*

115. Parece difícil negar que una norma de derecho internacional consuetudinario particular puede aplicarse entre dos Estados únicamente. En respuesta a la afirmación de que no puede establecerse ninguna norma de derecho internacional consuetudinario entre tan solo dos Estados, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “[e]s difícil comprender por qué el número de Estados entre los que puede establecerse una costumbre local [...] debe ser necesariamente superior a dos”³⁷⁰. En el comentario aprobado en primera lectura se enumeran varios ejemplos³⁷¹. Prácticamente ninguno de los Estados que formularon observaciones sobre el proyecto de conclusión 16 cuestionó este aspecto³⁷². En estas circunstancias, el Relator Especial considera que debe mantenerse la referencia al derecho internacional consuetudinario bilateral.

116. En cuanto a las normas de derecho internacional consuetudinario particular que se aplican entre los Estados que no tienen ninguna relación geográfica, cabe recordar, en primer lugar, que en el comentario se señala actualmente que “*en principio* no hay ninguna razón por la que [tal] norma de derecho internacional consuetudinario particular” no pueda desarrollarse también³⁷³. En el comentario también se reconoce que “el derecho internacional consuetudinario particular suele ser regional, subregional o local”³⁷⁴. Cabe recordar también que la expresión “ya sea regional, local o de otra índole” no figuraba en la propuesta inicial de conclusión del Relator Especial³⁷⁵, pero que se incluyó porque los miembros de la Comisión prefirieron un texto más detallado.

117. Además, en sus observaciones los Estados confirman que la posibilidad de que existan normas de derecho internacional consuetudinario particular que operan entre Estados unidos por una causa, un interés o una actividad comunes distintos de su situación geográfica no es puramente teórica, y mencionan algunos ejemplos que podrían incluirse, además de la referencia a la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*³⁷⁶. Sin embargo, no

³⁶⁹ Observaciones escritas de Nueva Zelanda, párr. 29.

³⁷⁰ *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 (la Corte añadió que “no ve razones por las que una práctica continuada y reiterada entre dos Estados, aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no deba constituir la base de derechos y obligaciones recíprocos entre ellos”).

³⁷¹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 4) del comentario del proyecto de conclusión 16.

³⁷² Cabe recordar, en este contexto, que los propios Estados Unidos invocaron el derecho internacional consuetudinario particular ante la Corte Internacional de Justicia (*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 págs. 199 y 200; contramemoria presentada por el Gobierno de los Estados Unidos de América (20 de diciembre de 1951), págs. 385 a 388; expediente de las actuaciones orales de 23 de julio de 1952, pág. 284).

³⁷³ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 5) del comentario del proyecto de conclusión 16 (sin cursiva en el original).

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Véase el tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/682), párr. 84.

³⁷⁶ Véase la nota 372 *supra*. Cabe señalar también que en el *Restatement of the Law Third of the Foreign Relations Law of the United States* se hace referencia al derecho internacional consuetudinario particular al disponerse que “[l]a práctica de los Estados en un grupo regional o en otros grupos especiales puede crear derecho consuetudinario ‘regional’, ‘especial’ o

parece necesario incluir esos ejemplos en el comentario, habida cuenta de que las conclusiones no tienen por objeto abordar el contenido del derecho internacional consuetudinario sino que se ocupan únicamente de la cuestión metodológica de cómo identificar las normas de derecho internacional consuetudinario³⁷⁷.

118. Por consiguiente, el Relator Especial considera que el texto actual del párrafo 1 es satisfactorio. No obstante, si la Comisión deseara modificar la redacción del texto para tener en cuenta las preocupaciones planteadas, podría indicarse que las normas de derecho internacional consuetudinario particular “incluyen las que son de carácter regional o local”, y se podría explicar en el comentario que esas son las principales manifestaciones, pero que no se excluye la posibilidad de que pueda haber “otras”. En cualquier caso, el Relator Especial acepta que en el comentario se debería aclarar mejor cómo se aplica el enfoque basado en dos elementos consagrado en las conclusiones en el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, y precisar que esas normas no crean obligaciones para terceros Estados. Cabe recordar que el Comité de Redacción decidió deliberadamente “utilizar el término ‘aplicarse’ [en el párrafo 1] en lugar de emplear el concepto de ‘invocabilidad’ por o contra un Estado o de introducir un elemento de ‘obligatoriedad’”³⁷⁸.

119. En lo que respecta a otras sugerencias en relación con el párrafo 2, el Relator Especial está de acuerdo en que las palabras “entre ellos”, que ya figuran en el comentario³⁷⁹, podrían añadirse para aclarar el tipo de aceptación como derecho que se busca en el presente contexto. El párrafo 2 quedaría por tanto redactado de la siguiente manera:

Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho entre ellos (opinio iuris).

II. Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario

120. Los Estados acogieron con beneplácito la renovada atención prestada por la Comisión a la cuestión de los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario³⁸⁰. Varios Estados se refirieron específicamente a la importancia de la accesibilidad a la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario en los distintos idiomas³⁸¹. El Relator Especial está de acuerdo con ellos.

‘particular’ entre esos Estados” (sin cursiva en el original) (*Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, comentario e)).

³⁷⁷ Como se aclara en el comentario del proyecto de conclusión 1 (A/71/10, párr. 63, párr. 5) del comentario del proyecto de conclusión 1).

³⁷⁸ Declaración del Presidente del Comité de Redacción (29 de julio de 2015), págs. 21 y 22, que se puede consultar en <http://legal.un.org/ilc/> (el Presidente del Comité explicó además que, “[e]n la medida en que estas últimas consideraciones parecen suscitar cuestiones sobre los posibles ‘efectos’, se consideró que planteaban más preguntas que respuestas, mientras que ‘se aplica’ tiene la simplicidad de ser *prima facie* objetivo y fácilmente comprensible por el usuario”).

³⁷⁹ Véase A/71/10, párr. 63, párr. 7) del comentario del proyecto de conclusión 16.

³⁸⁰ Véanse A/C.6/71/SR.21, párr. 20 (Australia), párr. 38 (Perú), párr. 87 (Reino Unido), párr. 95 (Portugal) y párr. 118 (Alemania); A/C.6/71/SR.22, párr. 18 (Brasil), párr. 33 (Irlanda) y párr. 61 (Japón); y A/C.6/71/SR.23, párr. 12 (República de Corea) y párr. 34 (Eslovenia).

³⁸¹ Véanse A/C.6/71/SR.21, párrs. 129 y 130 (Países Bajos) y párr. 139 (Sudán); y A/C.6/71/SR.22, párr. 61 (Japón).

121. Tras el examen en 2016 del cuarto informe del Relator Especial, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, en el que se analizara la situación actual de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario y se sugirieran mejoras³⁸². La Secretaría había realizado un estudio de ese tipo en 1949, con ocasión de la celebración del primer período de sesiones de la Comisión, en el marco de los preparativos para el examen de dicho tema por la Comisión de conformidad con el artículo 24 de su Estatuto³⁸³. El nuevo memorando preparado por la Secretaría para su examen en el actual período de sesiones refleja el hecho de que, desde 1949, tanto el alcance del derecho internacional consuetudinario como la disponibilidad de documentación para su identificación han experimentado cambios notables³⁸⁴.

122. Para reunir los datos analizados en el memorando, la Secretaría recabó la cooperación de los Estados a fin de identificar los recursos que estas consideraban más pertinentes para determinar su propia práctica y *opinio iuris*³⁸⁵. También se solicitó información a todas las entidades del sistema de las Naciones Unidas y a todas las entidades y organizaciones que, hasta 2016, habían recibido una invitación permanente para participar en calidad de observadoras en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General³⁸⁶. Se contactó además a diversas sociedades de estudio, centros de investigación académica y bibliotecas especializadas en derecho internacional y comparado³⁸⁷. Las aportaciones recibidas se complementaron con un estudio realizado por la Secretaría de “las fuentes primarias de prueba más fácilmente asequibles de los Estados y las organizaciones internacionales”³⁸⁸.

123. En el propio memorando se establecen con cierto detalle los materiales disponibles y la metodología de la Secretaría para la preparación del documento. El memorando cuenta con siete anexos con la información reunida: I) Recursos por Estado; II) Recursos por organización; III) Recursos por ámbito del derecho internacional; IV) Colecciones de tratados e información de depositarios; V) Cortes y tribunales internacionales, tribunales híbridos y órganos de vigilancia de aplicación de tratados; VI) Órganos encargados del examen, la codificación, el desarrollo progresivo o la armonización del derecho internacional; y VII) Idiomas de los recursos recopilados.

124. Sobre la base de la información reunida, y de conformidad con lo solicitado por la Comisión, la Secretaría ha formulado una serie de sugerencias para mejorar la disponibilidad de documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, que figuran en el capítulo II del memorando. Esas sugerencias se dividen en cuatro categorías: a) sugerencias sobre medios para que los Estados hagan más fácilmente asequible la prueba de su práctica y la aceptación como derecho (*opinio iuris*)³⁸⁹; b) sugerencias sobre medios para que las Naciones Unidas mantengan y amplíen sus publicaciones jurídicas relevantes para el derecho internacional y velen por que tengan la mayor difusión posible³⁹⁰; c) sugerencias sobre medios para mejorar la

³⁸² Véase A/71/10, párr. 56.

³⁸³ A/CN.4/6 y Corr.1: “Ways and means of making the evidence of customary international law more readily available: preparatory work within the purview of article 24 of the statute of the International Law Commission” (1949).

³⁸⁴ A/CN.4/710: Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario: memorando de la Secretaría, párr. 6.

³⁸⁵ *Ibid.*, párr. 7.

³⁸⁶ *Ibid.*, párr. 8.

³⁸⁷ *Ibid.*, párr. 9.

³⁸⁸ *Ibid.*, párr. 10.

³⁸⁹ *Ibid.*, párrs. 103 a 107.

³⁹⁰ *Ibid.*, párrs. 108 a 115. Entre esas publicaciones se incluyen las siguientes: *I.C.J. Pleadings*; *I.C.J. Reports*; *Boletín del Derecho del Mar*; *Conferencias diplomáticas*; *Repertorio de la*

disponibilidad de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario en el contexto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional³⁹¹; y d) sugerencias relativas a una base de datos en línea actualizada periódicamente para la difusión sistemática y completa de información bibliográfica sobre la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario³⁹².

125. El Relator Especial desea subrayar una cuestión concreta en la que se hace hincapié en el memorando, a saber, la vital importancia del “continuo desarrollo de las bibliotecas especializadas en derecho internacional y la garantía de que el público en general pueda acceder a ellas”³⁹³. El Relator Especial expresa su agradecimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra y su excelente personal por toda la asistencia prestada en relación con el presente tema.

126. El Relator Especial recomienda a la Comisión que haga suyas las sugerencias de la Secretaría y las transmita a la Asamblea General para su examen. En el proyecto de recomendación a la Asamblea General que figura en el párrafo 129 del presente informe se incluye una recomendación en tal sentido. El Relator Especial recomienda también que el memorando se vuelva a publicar oportunamente a fin de incorporar el texto de las conclusiones y los comentarios aprobados en segunda lectura.

III. Forma final del producto de la labor de la Comisión

127. Como se sugirió en el cuarto informe del Relator Especial³⁹⁴ y se aceptó en las observaciones escritas y orales de los Estados, se propone que el resultado final de la labor sobre el presente tema conste de tres elementos, a saber: a) un conjunto de conclusiones con comentarios aprobados por la Comisión; b) el memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario; y c) una bibliografía.

128. Sigue pendiente una cuestión que se planteó en la fase de primera lectura en relación con el uso del término “conclusiones” para describir el resultado de la labor de la Comisión sobre el presente tema, pues hubo quien preguntó si no sería más apropiado utilizar el término “directrices”, habida cuenta de que el objetivo era proporcionar orientación práctica sobre el modo en que había de determinarse la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario y su contenido³⁹⁵. Tras examinar cuidadosamente la cuestión, el Relator Especial opina que el término “conclusiones” es adecuado en el presente contexto y es acorde con la idea de proporcionar orientación, por lo que sugiere que se mantenga.

129. El Relator Especial propone que la Comisión recomiende que la Asamblea General:

práctica seguida por el Consejo de Seguridad; Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas; Reports of International Arbitral Awards; Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia; Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties; La Comisión de Derecho Internacional y su Obra; Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Anuario Jurídico de las Naciones Unidas; United Nations Legislative Series; United Nations Treaty Series; y Anuario de la Comisión de Derecho Internacional.

³⁹¹ *Ibid.*, párrs. 116 a 119.

³⁹² *Ibid.*, párrs. 120 a 122.

³⁹³ *Ibid.*, párr. 107.

³⁹⁴ Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario del Relator Especial Michael Wood (A/CN.4/695), párrs. 50 a 53.

³⁹⁵ *Ibid.*, párr. 12. Véase también A/CN.4/SR.3303: acta resumida provisional de la 3303ª sesión de la Comisión (24 de mayo de 2016), pág. 8.

- a. *Tome nota* de las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario en una resolución, adjunte las conclusiones como anexo de la resolución y vele por su más amplia difusión;
- b. *Señale* las conclusiones, junto con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos los agentes que puedan ser llamados a identificar normas de derecho internacional consuetudinario;
- c. *Acoja con beneplácito* el memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710), en el que se analiza el estado actual de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario y se sugieren mejoras;
- d. *Decida* dar seguimiento a las sugerencias que figuran en el memorando de la Secretaría:
 - i) *Señalando* a la atención de los Estados y las organizaciones internacionales la conveniencia de que publiquen repertorios y estudios de su práctica en relación con el derecho internacional, de que sigan difundiendo ampliamente la práctica de los Estados en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial y de que hagan todo lo posible por apoyar las publicaciones y bibliotecas existentes especializadas en derecho internacional;
 - ii) *Solicitando* a la Secretaría que siga elaborando y mejorando las publicaciones de las Naciones Unidas que aportan pruebas del derecho internacional consuetudinario; y
 - iii) *Solicitando también* a la Secretaría que difunda la información que figura en los anexos del memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/710) mediante una base de datos en línea que se actualice periódicamente con la información recibida de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades.

130. El Relator Especial está actualizando la bibliografía que incluyó en el anexo de su cuarto informe. Antes del período de sesiones se distribuirá entre los miembros de la Comisión, de manera oficiosa, una versión revisada de dicha bibliografía, que se publicará posteriormente (con las modificaciones pertinentes a la luz de las sugerencias recibidas) como anexo II del presente informe.

Anexo

Proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura, con los cambios propuestos por el Relator Especial

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Primera parte

Introducción

Conclusión 1

Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Segunda parte

Enfoque básico

Conclusión 2

Dos elementos constitutivos

Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Conclusión 3

Valoración de los medios para establecer los dos elementos constitutivos

1. Al valorar los medios para establecer la existencia de una práctica general y de su aceptación como derecho (*opinio iuris*), hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios.
2. Cada uno de los dos elementos constitutivos se ha de determinar por separado. Ello requiere una valoración de los medios para establecer cada elemento.

Tercera parte

Una práctica general

Conclusión 4

Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, ~~significa que es principalmente se refiere a la práctica de los Estados la que expresa o crea contribuye a la formación o la expresión de las~~ normas de derecho internacional consuetudinario.

2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también ~~puede~~ contribuir ~~ya~~ a la ~~formación o la expresión o la creación~~ de ~~una~~ norma de derecho internacional consuetudinario.

3. El comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la ~~formación o la expresión o la creación~~ de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica a que se refieren los párrafos 1 y 2.

Conclusión 5

Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Conclusión 6

Formas de práctica

1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. ~~Puede~~ Comprender tanto actos materiales como verbales, así como ~~Puede, en determinadas circunstancias, incluir~~ la inacción deliberada.

2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones “sobre el terreno”; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales.

3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

Conclusión 7

Valoración de la práctica de un Estado

1. Habrá que tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate, que deberá ser valorada en su conjunto.

2. En los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá, dependiendo de las circunstancias, otorgar menos peso a esa práctica.

Conclusión 8

La práctica ha de ser general

1. La práctica pertinente ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de virtualmente uniforme ~~constante~~.

2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.

Cuarta parte

Aceptada como derecho (*opinio iuris*)

Conclusión 9

Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

1. El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho.
2. La práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse del simple uso o el simple hábito.

Conclusión 10

Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)

1. La prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) puede revestir una gran variedad de formas.
2. Las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales y cortes nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.
3. La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

Quinta parte

Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario

Conclusión 11

Tratados

1. Una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal norma:
 - a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en el momento en que se celebró el tratado;
 - b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado; o
 - c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.
2. El hecho de que una norma se enuncie en varios tratados puede indicar, aunque no necesariamente, que la norma convencional refleja una norma de derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 12

Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario.
2. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir, en determinadas circunstancias, un elemento de prueba para ~~establecer~~ determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.
3. Una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Conclusión 13

Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas.
2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario como medio auxiliar de determinación de tales normas.

Conclusión 14

Doctrina

Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones pueden ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Sexta parte

Objetor persistente

Conclusión 15

Objetor persistente

1. Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción.
2. La objeción ha de ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.
3. La presente conclusión se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

Séptima parte**Derecho internacional consuetudinario particular****Conclusión 16****Derecho internacional consuetudinario particular**

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.
 2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho entre ellos (*opinio iuris*).
-