IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/672

Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial*

[*Original: inglés*]
[*22 de mayo de 2014*]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		177
Obras citadas en el presente informe		178
	Párrafos	
Introducción	1–11	183
Capítulos		
I. Alcance y resultados del tema	12–15	185
II. Términos empleados	16–20	185
III. Enfoque básico: dos elementos constitutivos	21–31	186
IV. Una práctica general	32–59	191
V. Aceptada como derecho	60–80	206
VI. Programa de trabajo futuro	81–84	218
Anexo. Proyectos de conclusión propuestos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario		220

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Acuerdo Bolivariano sobre Extradición (Caracas, 18 de julio de 1911)	*Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*, vol. II, Caracas, 1925, pág. 435.
Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 499, núm. 7302, pág. 115.
Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, núm. 8359, pág. 206.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, núm. 9464, pág. 195.

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

	Fuente
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	A/CONF.67/16.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 371.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

Aceves, William J.

«The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), págs. 995 a 1068.

Akehurst, Michael

«Custom as a Source of International Law», BYBIL 1974-1975, vol. 47 (1977), págs. 1 a 53.

Alvarez, Jose E.

International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005.

American Law Institute

Restatement (*Third*) *of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1987.

Arangio-Ruiz, Gaetano

«Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of "Spontaneous" International Custom», en *Droit Du Pouvoir, Pouvoir du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 93 a 124.

Arend, Anthony Clark

Legal Rules and International Society, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Aznar, Mariano J.

«The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), págs. 1 a 51.

Barboza, Julio

«The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», en Calixto A. Armas Barea y otros (eds.), Liber Amicorum «In Memoriam» *of Judge José María Ruda*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, págs. 1 a 14.

Baxter, R. R.

«Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law», BYBIL 1965−66, vol. 41 (1968), págs. 275 a 300.

«Treaties and Custom», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129, Dordrecht, Kluwer, 1993, págs. 25 a 74.

Bellinger, John B. y William J. Haynes,

«A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), págs. 443 a 471.

Bernhardt, R.

«Custom and Treaty in the Law of the Sea», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205, Dordrecht, Kluwer, 1989, págs. 247 a 330.

Birnie, P. W. y A. E. Boyle

International Law and the Environment, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.

Bodansky, Daniel

«Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), págs. 105 a 119.

Bohoslavsky, Juan Pablo, Yuefen Li y Marie Sudreau

«Emerging customary international law in sovereign debt governance?», *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2013), págs. 55 a 72.

Bos, Maarten

«The Identification of Custom in International Law», *German Yearbook of International Law*, 1982, págs. 9 a 53.

A Methodology of International Law, Amsterdam, North-Holland, 1984.

Boyle, Alan y Christine Chinkin

The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Briggs, Herbert W.

«Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», AJIL, vol. 45 (1951), págs. 728 a 731.

Brownlie, Ian

The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998.

«Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», *Studi di diritto internazionale in onore di*

Gaetano Arangio Ruiz, vol. I, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 313 a 318.

Buergenthal, Thomas y Sean D. Murphy

Public International Law in a Nutshell, 5.ª ed., St. Paul, West, 2013.

Byers, Michael

Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Cahin, Gerard

La coutume internationale et les organisations internationales, París, Pedone, 2001.

Cai, Congyan

«International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), págs. 659 a 679.

Carty, Anthony

«Doctrine versus State Practice», en Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 972 a 996.

Casella, Paulo Borba

«Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law», conferencia pronunciada en 2013 en memoria de Gilberto Amado ante la Comisión (notas disponibles en los archivos del Relator Especial).

Cassese, Antonio

International Law, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.

Charney, Jonathan

«Universal International Law», AJIL, vol. 87 (1993), págs. 529 a 551.

«The Contemporary Role of Customary International Law», en American Society of International Law, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, 13-15 July, 1995*, La Haya, T.M.C. Asser Institut, 1996, págs. 20 a 24.

Chen, Lung-Chu

An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press, 2000.

Cheng, Bin

«Custom: The Future of General State Practice In a Divided World», en Ronald St. John Macdonald y Douglas M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, págs. 513 a 554.

«On the Nature and Sources of International Law», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1988, págs. 203 a 233.

Clapham, Andrew

Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations, 7.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Conforti, Benedetto y Angelo Labella

An Introduction to International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

Corten, Olivier

Métholodologie du droit international public, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Le droit contre la guerre, 2.ª ed., París, Pedone, 2014.

Crawford, James

Brownlie's Principles of Public International Law, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

State Responsibility. The General Part, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Crootof, Rebecca

«Constitutional convergence and Customary International Law», *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54 (2013), págs. 195 a 203.

Cryer, Robert

«Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11 (2006), págs. 239 a 263.

D'Amato, Anthony

The Concept of Custom in International Law, Ithaca, Cornell University Press, 1971.

«Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), págs. 459 a 472.

D'Aspremont, Jean

«Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», en Jean d'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Londres, Routledge, 2013, págs. 425 a 439.

Dahlman, Christian

«The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), págs. 327 a 339.

Dailler, Patrick, Mathias Forteau y Alain Pellet

Droit international public, 8.ª ed., París, LGDJ, 2009.

Damrosch, Lori Fisler y otros

International Law: Cases and Materials, 5.ª ed., St. Paul, West, 2009.

Danilenko, Gennady M.

«The Theory of International Customary Law», *German Yearbook of International Law*, 1988, págs. 9 a 47.

Law-Making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

De Visscher, Charles

Theory and Reality in Public International Law, Princeton, Princeton University Press, 1968.

Degan, V. D.

Sources of International Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997.

Díez de Velasco Vallejo, Manuel

Instituciones de derecho internacional público, 18.ª ed., coordinada por Concepción Escobar Hernández, Madrid, Tecnos, 2013.

Dinstein, Yoram

«The Interaction between Customary Law and Treaties», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 242 a 428.

Dugard, John

International Law: A South African Perspective, 4.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2012.

Dupuy, Pierre-Marie y Yann Kerbrat

Droit international public, 10.ª ed., París, Dalloz, 2010.

Elias, Olufemi

«The Nature of the Subjective Element in Customary International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), págs. 501 a 520.

Elias, Olufemi y C. L. Lim

The Paradox of Consensualism in International Law, La Haya, Kluwer Law International, 1998.

Ferrari Bravo, Luigi

«Méthodes de recherche de la coutume international dans la pratique des États», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1985-III*, vol. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 233 a 330.

Fidler, David P.

«Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), págs. 198 a 248.

Fitzmaurice, Gerald

«The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951−54: General Principles and Sources of Law», BYBIL 1953, vol. 30 (1954), págs. 1 a 70.

Fumagalli, Luigi

«Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Custom», en Nerina Boschiero y otros (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Asser Press, 2013, págs. 137 a 146.

Gény, François

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2.ª ed. rev. act., París, LGDJ, 1919.

Gunning, Isabelle

«Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), págs. 211 a 247.

Guzman, Andrew T. y Timothy L. Meyer

«Customary International Law in the 21st Century», en Russell A. Miller y Rebecca M. Bratpies (eds.), *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

Hannikainen, Lauri

«The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), págs. 125 a 141.

Higgins, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Hoffmeister, Frank

«The Contribution of EU Practice to International Law», en Marise Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 37 a 127.

Hudson, Manley O.

The Permanent Court of International Justice, 1920−1942 — a Treatise, Nueva York, Macmillan, 1943.

Huesa Vinaixa, Rosario

El Nuevo Alcance de la «Opinio Iuris» en el Derecho Internacional Contemporáneo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.

Jennings, Robert

«What is international law and how do we tell it when we see it?», *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), págs. 59 a 88.

«The Identification of International Law», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 3 a 9.

Jennings, Robert y Arthur Watts (eds.)

Oppenheim's International Law, 9.ª ed., vol. I, *Peace*, Harlow, Longman, 1992.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo

«International Law in the Past Third of a Century», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978-I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff y Noordhoff, 1979, págs. 2 a 343.

Johnstone, Ian

«Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations», *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), págs. 87 a 122.

Kadens, Emily y Ernest A. Young

«How Customary Is Customary International Law?», *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), págs. 885 a 920.

Kammerhofer, Jörg

Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, Routledge, 2011.

«Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship», en Matthew Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World*, Londres, Routledge, 2012, págs. 138 a 157.

«Law-making by Scholars», en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, de próxima aparición.

Kelsen, Hans

«Théorie du droit international coutumier», en Charles Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international*, París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 61 a 84.

Klabbers, Jan

«International Organizations in the Formation of Customary International Law», en Enzo Cannizzaro y Paolo Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.

International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Kirgis, Jr., Frederic L.

«Custom on a sliding scale», AJIL, vol. 81 (1987), págs. 146 a 151.

Kolb, Robert

«Selected Problems in the Theory of Customary International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, núm. 2 (agosto de 2003), págs. 119 a 150.

Kopelmanas, Lazare

«Custom as a Means of the Creation of International Law», BYBIL 1937, vol. 18, págs. 127 a 151.

Koskenniemi, Martti

«Theory: Implications for the Practitioner», en *Theory and International Law: An Introduction*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1991, págs. 1 a 45.

KUNZ, Joseph L.

«The Nature of Customary International Law», AJIL, vol. 47, núm. 4 (octubre de 1953), págs. 662 a 669.

LAUTERPACHT, Hersch

«Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law», BYBIL 1929, vol. 10, págs. 65 a 95.

«Sovereignty over Submarine Areas», BYBIL 1950, vol. 27 (1951), págs. 376 a 433.

The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens & Sons, 1958.

LEFKOWITZ, David

«(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law: A Hartian Approach», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), págs. 129 a 148.

LEPARD, Brian D.

Customary International Law: A New Theory with Practical Implications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

LOWE, Vaughan

International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

MACGIBBON, Iain

«Customary International Law and Acquiescence», BYBIL 1957, vol. 33 (1958), págs. 115 a 145.

«Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 10 a 26.

MALUWA, Tiyanjana

«Custom, Authority and Law: Some Jurisprudential Perspectives on the Theory of Customary International Law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), págs. 387 a 410.

MEIJERS, Herman

«How is International Law Made? — The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), págs. 3 a 26.

«On International Customary Law in The Netherlands», en Ige F. Dekker y Harry H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 77 a 128.

MENDELSON, Maurice

«The Subjective Element in Customary International Law», BYBIL 1995, vol. 66 (1996), págs. 177 a 208.

«The Formation of Customary International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998*, vol. 272, La Haya, Martinus Nijhoff, 1999, págs. 155 a 410.

MILLÁN MORO, Lucía

La «Opinio Iuris» en el Derecho Internacional Contemporáneo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

MOREMEN, Philip M.

«National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32 (2006), págs. 259 a 309.

MÜLLERSON, Rein

«On the Nature and Scope of Customary International Law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), págs. 341 a 360.

«The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law», en Karel Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 161 a 178.

MURPHY, Sean D.

Principles of International Law, 2.ª ed., St. Paul, West, 2012.

ORAKHELASHVILI, Alexander

The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

PAASIVIRTA, Esa y Pieter Jan KUIJPER

«Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), págs. 169 a 226.

PALCHETTI, Paolo

«*De Facto* Organs of a State», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1048 a 1052.

PARRY, Clive

«The Practice of States», *The Grotius Society Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1958, págs. 145 a 186.

PAUST, Jordan J.

«Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion», *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), págs. 977 a 1004.

PELLET, Alain

«Article 38», en Andreas Zimmermann y otros, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 731 a 870.

PETRIČ, Ernest

«Customary International Law in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia», de próxima aparición.

REISMAN, W. Michael

«The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application», en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 15 a 30.

ROBERTS, Anthea

«Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), págs. 57 a 92.

ROBERTS, Anthea y Sandesh SIVAKUMARAN

«Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), págs. 107 a 152.

ROSENNE, Shabtai

Practice and Methods of International Law, Londres, Oceana Publications, 1984.

SANTULLI, Carlo

Introduction au droit international, París, Pedone, 2013.

SCHACHTER, Oscar

«Entangled Treaty and Custom», en Yoram Dinstein y M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 717 a 738.

SCHARF, Michael P.

Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Séfériadès, S.

«Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», RGDIP, vol. 43, núm. 2 (1936), págs. 129 a 196.

Sender, Omri y Michael Wood

«The emergence of customary international law: Between theory and practice», en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, de próxima aparición.

Shaw, Malcolm N.

International Law, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Sinclair, Ian

«The Impact of the Unratified Codification Convention», en Adriaan Bos y Hugo Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 211 a 229.

Skubiszewski, Krzysztof

«Elements of Custom and the Hague Court», *Zeitschrift fur Ausländisches öffentlisches Recht und Völkerrecht* (*ZaöRV*), vol. 31 (1971), págs. 810 a 854.

Slama, Jo Lynn

«*Opinio Juris* in Customary International Law», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), págs. 603 a 656.

Sohn, L.B.

«Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», en Adriaan Bos y Hugo Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: essays in international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 231 a 246.

Steer, Cassandra

«Non-state actors in international criminal law», en Jean D'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Londres, Routledge, 2011, págs. 295 a 310.

Stern, Brigitte

«Custom at the Heart of International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, núm. 1 (2001), págs. 89 a 108.

Strupp, Karl

«Les régles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1934-I*, vol. 47, Leiden, Sijthoff, 1968, págs. 259 a 595.

Suy, Eric

«Innovations in International Law-Making Processes», en Ronald St. John Macdonald y otros (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff y Noordhoff, 1978, págs. 187 a 200.

Taki, Hiroshi

«*Opinio Juris* and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis», *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), págs. 447 a 466.

Tasioulas, John

«*Opinio Juris* and the Genesis of Custom: A Solution to the "Paradox"», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), págs. 199 a 205.

Thirlway, Hugh

International Customary Law and Codification, Leiden, Sijthoff, 1972.

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», BYBIL 1990, vol. 61 (1991), págs. 1 a 133.

The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 2013.

The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Tomka, Peter

«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 2 (2013), págs. 195 a 216.

Treves, Tullio

«Customary International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 937 a 957.

Tunkin, G. I.

«Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», *California Law Review*, vol. 49 (1961), págs. 419 a 430.

Van Hoof, G. J. H.

Rethinking the Sources of International Law, Antwerp, Kluwer Law y Taxation Publishers, 1983.

Vanhamme, Jan

«Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), págs. 127 a 154.

Verdross, Alfred

«Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts», *Zeitschrift fur Ausländisches öffentlisches Recht und Völkerrecht* (*ZaöRV*), vol. 29 (1969), págs. 635 a 653.

Villiger, Mark E.

Customary International Law and Treaties, 2.ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 1997.

Waldock, Humphrey

«General Course on Public International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1962-II*, vol. 106, Dordrecht, Kluwer, 1993, págs. 247 a 330.

Walter, Christian

«Subjects of International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 636 a 643.

Weisburd, Arthur M.

«Customary international Law: The Problem of Treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), págs. 1 a 46.

«The International Court of Justice and the Concept of State Practice», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), págs. 295 a 372.

Wolfke, Karol

Custom in Present International Law, 2.ª ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), La Haya, Martinus Nijhoff, págs. 1 a 16.

«Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», en Jan Klabbers y René Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 31 a 39.

Wolfrum, Rüdiger

«Sources of International Law», en Rüdiger Wolfram (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, págs. 299 a 313.

Wood, Michael y Omri Sender

«State Practice», en Rüdiger Wolfram (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, págs. 509 a 517.

Worster, William Thomas

«The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law», *Boston University International Law Journal*, vol. 31 (2013), págs. 1 a 73.

Wouters, Jan y Philip De Man

«International organizations as law-makers», en Jan Klabbers y Asa Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, págs. 190 a 224.

Wuerth, Ingrid

«International Law in Domestic Courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* Case», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, núm. 12 (2012), págs. 819 a 837.

Yee, Sienho

«The News that *Opinio Juris* "Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law" Is Greatly Exaggerated», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), págs. 227 a 238.

Zemanek, Karl

«What is "State Practice" and who Makes It?», en Ulrich Beyerlin y otros (eds.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlín, Springer, 1995.

Introducción

1. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo actual y celebró un debate inicial sobre la base de una nota elaborada por el Relator Especial, Sr. Michael Wood[1]. También en 2012, la Asamblea General, tras el debate celebrado en la Sexta Comisión, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo[2].

2. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión celebró un debate general[3] sobre la base del primer informe del Relator Especial[4], que era de carácter introductorio, y de un memorando de la Secretaría sobre los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema[5]. Teniendo en cuenta el debate, y tras celebrar consultas oficiosas, la Comisión decidió cambiar el título del tema al de «Identificación del derecho internacional consuetudinario». Esto se hizo en parte para evitar dificultades en la traducción del término inglés «*evidence*» a los demás idiomas oficiales de las Naciones Unidas y para subrayar que el principal objetivo del tema era ofrecer orientación a los que están llamados a identificar la existencia de una norma de derecho internacional. El título se cambió en el entendido de que el ámbito del tema seguía incluyendo tanto las cuestiones relacionadas con lo que en el seno de la Comisión se denominó «elementos de formación» como las relativas a la documentación o prueba del derecho internacional consuetudinario[6].

3. Por lo demás, el Relator Especial extrajo las siguientes conclusiones[7] del debate y las consultas oficiosas:

a) Los miembros de la Comisión apoyaron de forma general el enfoque basado en «dos elementos», es decir, que la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario exige evaluar tanto una práctica general como la aceptación de esa práctica como derecho. Prácticamente todos los intervinientes apoyaron de forma expresa este planteamiento, que también encontraba respaldo en el amplio material de consulta examinado en el primer informe, y nadie lo cuestionó. Al mismo tiempo, se reconoció que, en ocasiones, los dos elementos pueden estar «estrechamente entrelazados», y que el peso relativo que debe darse a cada uno puede variar según las circunstancias;

b) Hubo amplio acuerdo en que lo más probable es que el material principal que debiera servir de orientación sobre el tema fuera la opinión de los Estados y la de los tribunales y cortes internacionales, el primero de los cuales sería la Corte Internacional de Justicia;

c) Se compartió de forma general la opinión de que el resultado de la labor sobre el tema debía ser de carácter práctico y revestir la forma de conjunto de «conclusiones» con comentarios. Además, hubo acuerdo general en que al redactar las conclusiones la Comisión no debía ser excesivamente prescriptiva;

d) Se acordó en general que la Comisión debería ocuparse de algún modo de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional, en particular los tratados y los principios generales del derecho. Además, se mostró interés en examinar el derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional»;

[1] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653, párr. 1.

[2] Resolución 67/92 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, párr. 7.

[3] *Anuario… 2013*, vol. I, sesiones 3181.ª a 3186.ª; véase también ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 66 a 107.

[4] Véase *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663.

[5] Véase ibíd., documento A/CN.4/659.

[6] Ibíd., vol. I, 3186.ª sesión. En este contexto, merece la pena destacar la observación de Jennings de que «en derecho internacional las cuestiones de si existe una norma de derecho consuetudinario y cómo se forma el derecho consuetudinario tienden a fusionarse en la práctica» («What is international law and how do we tell it when we see it?», pág. 60). Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 116 («La determinación y la formación del derecho internacional consuetudinario son cuestiones que, por necesidad, se encuentran estrechamente relacionadas, dado que, por una parte, el proceso de formación determina el modo de identificación de las normas consuetudinarias y, por otra, la acción de determinar la costumbre o sus elementos influye en su desarrollo posterior. Esta interdependencia se desprende ya con claridad del contenido del Artículo 38.1 *b*) del Estatuto de la Corte [Internacional de Justicia]»).

[7] *Anuario… 2013*, vol. I, 3186.ª sesión.

e) La mayoría de los miembros de la Comisión opinaron que el *jus cogens* no debería examinarse como parte del presente tema.

4. Durante el debate de la Sexta Comisión en 2013, las delegaciones valoraron positivamente el enfoque consistente en «dos elementos», aunque destacaron la necesidad de examinar la cuestión del peso relativo que debe atribuirse a la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Hubo opiniones encontradas sobre si debía incluirse un estudio detallado del *jus cogens* en el presente tema. Se vio en general con agrado la intención de la Comisión de examinar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional, aunque se observó que la cuestión de la jerarquía de fuentes debía estudiarse separadamente. Se destacó la importancia de examinar el derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional», incluida la «costumbre bilateral»[8].

5. Las delegaciones reafirmaron la importancia de que, al identificar el derecho internacional consuetudinario, se tuviera en cuenta en la medida de lo posible la práctica de los Estados de todas las regiones, aunque observaron que relativamente pocos Estados compilaban y publicaban su práctica de manera sistemática. Se expresó cautela en cuanto al análisis de la práctica de los Estados, en particular en lo que respecta a las decisiones de los tribunales nacionales y regionales. También se sugirió que se examinara la práctica de las organizaciones internacionales[9].

6. Una o dos delegaciones propusieron que la forma que había de revestir el resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema debía examinarse en una etapa más avanzada; no obstante, la actual intención de la Comisión de que el resultado adopte la forma de «conclusiones» con comentarios recibió amplio apoyo. Se destacó la importancia de no ser excesivamente prescriptivo, así como la idea de que debía preservarse la flexibilidad del derecho internacional consuetudinario[10].

7. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión pidió a los Estados que

> faciliten información, antes del 31 de enero de 2014, sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de documentación adecuados para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se manifiesta en:
>
> *a*) declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y
>
> *b*) resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales[11].

En el momento de redactar el presente informe se había recibido información por escrito de nueve Estados[12], por lo que el Relator Especial estaba muy agradecido. Se agradecería que se enviaran nuevas contribuciones en cualquier momento.

8. El Relator Especial también acogería con agrado cualquier aportación que puedan realizar los órganos académicos a la reflexión sobre el tema. En los dos o tres últimos años, varias instituciones han organizado reuniones sobre ciertos aspectos de la cuestión, que fueron alentadores a la par que estimulantes. Además, desde el 65.º período de sesiones de la Comisión se han publicado algunos estudios importantes, así como sentencias de tribunales y cortes internacionales, que se han tenido en cuenta en el presente informe.

9. En el primer informe[13] se describió el material de consulta básico a los efectos del presente tema y se examinaron ciertas cuestiones preliminares. Este segundo informe se ocupa de cuestiones centrales relativas al enfoque para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario «general», en particular los dos elementos constitutivos y el modo de determinar su concurrencia. En el capítulo I del informe, que trata del alcance y los resultados del tema, se explica que los proyectos de conclusión se refieren al método para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario y no entran a analizar el contenido sustantivo de tales normas. El capítulo II, relativo a los términos empleados, incluye una definición de derecho internacional consuetudinario que se inspira en la redacción del Artículo 38, párr.1, apdo. *b* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque no se refiere directamente a esa disposición. El capítulo III describe en términos generales el enfoque básico consistente en «dos elementos», a saber, una «práctica general» y su «aceptación como derecho» (a los que suele denominarse «práctica de los Estados» y «*opinio juris*», respectivamente). A continuación, en los capítulos IV y V se realiza un examen más detallado de los dos elementos, que (como se explica en el capítulo VI relativo al programa de trabajo futuro) continuará en el tercer informe.

10. Parece deseable ocuparse en el mismo informe de la práctica y la *opinio juris*, dada la estrecha relación entre ambas. Al mismo tiempo, este planteamiento significa que ha sido necesario abordar gran número de cuestiones en el informe, sin el beneficio de las discusiones en profundidad que se producen en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Por consiguiente, los capítulos V y VI son necesariamente un tanto preliminares; tal vez el Relator Especial tenga que revisar y seguir perfeccionando en su próximo informe el texto y las conclusiones que se proponen.

11. En el presente informe se proponen 11 proyectos de conclusión, que se reproducen de forma conjunta en el anexo. Como allí se indica, se propone que los proyectos de conclusión se dividan en cuatro partes (introducción; dos elementos constitutivos; una práctica general; aceptada como derecho). Esta división es reflejo de la estructura general contemplada por el Relator Especial. En el próximo informe se propondrán nuevos proyectos de conclusión, aunque —sin perjuicio siempre de lo que opinen los miembros de la Comisión— es poco probable que afecten a la estructura.

---

[8] Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), párrs. 43 y 44.

[9] Ibíd., párrs. 45 y 46.

[10] Ibíd., párr. 47.

[11] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 26.

[12] Alemania, Bélgica, Botswana, Cuba, El Salvador, la Federación de Rusia, Irlanda, el Reino Unido y la República Checa.

[13] Véase la nota 4 *supra*.

Capítulo I

Alcance y resultados del tema

12. Los debates de la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión en 2013 confirmaron la utilidad del presente tema, que tiene concretamente por objeto ofrecer orientación práctica a quienes, en cualquier capacidad, están llamados a identificar normas de derecho internacional consuetudinario, en particular quienes no son necesariamente especialistas en el campo general del derecho internacional público. Es importante que exista cierta claridad en la aplicación práctica de este aspecto central del derecho internacional, sin dejar de reconocer, claro está, que el proceso consuetudinario es inherentemente flexible. Como se reconoce ampliamente,

> la cuestión de las fuentes es […] de importancia fundamental, y los debates jurisprudenciales y filosóficos que siguen manteniéndose tienen una relevancia que trasciende lo académico. Es correcto y lógico que ocupen nuestra atención, como lo es participar en los intercambios intelectuales. No obstante, no debemos ignorar que la necesidad de tales debates es un reconocimiento doloroso de las imperfecciones de un sistema jurídico[14].

13. Es evidente que el presente tema no tiene por objeto determinar el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario o abordar la importante cuestión de quién está obligado por cada norma (Estados, organizaciones internacionales u otros sujetos de derecho internacional). El tema solo se refiere a la cuestión metodológica de la identificación del derecho internacional consuetudinario.

14. Se entiende que el presente tema, y las conclusiones que se propongan, no prejuzgan la labor en curso sobre otros temas. También será importante que, a medida que avanza la labor sobre el tema, se evite abordar cuestiones que se refieren a otras fuentes del derecho internacional, en particular los principios generales del derecho (Artículo 38, párr. 1, apdo. *c*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Los trabajos también se entenderán sin perjuicio de las cuestiones relativas al *jus cogens*, que podría ser objeto de un tema aparte.

15. Teniendo en cuenta lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 1. Alcance*

1. Los presentes proyectos de conclusión se refieren a la metodología para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2. Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la metodología relativa a otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).»

[14] Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pág. 17.

Capítulo II

Términos empleados

16. En su primer informe, el Relator Especial propuso una definición de «derecho internacional consuetudinario» que consistía en una mera referencia al Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[15]. Varios miembros de la Comisión no consideraron plenamente satisfactoria la inclusión de esa referencia, tanto porque el texto dejaba de ser autónomo como porque podía entenderse que se basaba excesivamente en el Estatuto, cuyos términos solo se aplicaban a la Corte[16].

17. Por consiguiente, el Relator Especial propone que la Comisión adopte una definición de derecho internacional consuetudinario que se base en la redacción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sin referirse directamente a él. Esto tendría la ventaja de mantener los conceptos fundamentales («una práctica general»; «aceptada como derecho»), que constituyen la base del enfoque no solo de la propia Corte Internacional de Justicia sino también de otros tribunales y cortes y de los Estados[17]. La redacción del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, que data de hace casi un siglo, se sigue utilizando ampliamente como referencia y conserva intacta su pertinencia. En efecto, comparada con los términos que tal vez sean hoy los más utilizados («práctica de los Estados» y «*opinio juris*»), la redacción del Estatuto parece menos problemática y, de hecho, más moderna. En cualquier caso, la división en dos elementos diferenciados que se desprende de la redacción del Estatuto «constituye una herramienta extremadamente útil para “descubrir” normas consuetudinarias»[18].

[15] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párr. 45.

[16] Ibíd., párr. 32 («El Artículo 38, párr. 1, ha sido mencionado o reproducido con frecuencia en instrumentos posteriores. Aunque en términos estrictos se aplica únicamente a la Corte Internacional de Justicia, generalmente se considera que las fuentes definidas en el Artículo 38, párr. 1, son válidas también para otros tribunales y cortes internacionales, con sujeción a lo que puedan establecer las disposiciones concretas de sus respectivos Estatutos»). El encabezamiento del Artículo 38, párr. 1 del Estatuto, tal como se adoptó en 1945 («La Corte, cuya función es decidir *conforme al derecho internacional** las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:»), da a entender claramente que esta disposición del Estatuto tiene por objeto definir las fuentes del derecho internacional.

[17] Véanse los párrafos 24 y 25 *infra*.

[18] Pellet, «Article 38», pág. 813. Véanse también Danilenko, «The theory of international customary law», págs. 10 y 11 («La definición de costumbre prevista en el Artículo 38 del Estatuto es extremadamente importante para la teoría y práctica del derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, el Artículo 38 reafirma el reconocimiento por todos los Estados de la costumbre internacional

(*Continuación en la página siguiente.*)

18. Otro término que tal vez resulte útil definir es «organización internacional». Parecería apropiado que se adoptara la definición utilizada en el artículo 1, párr. 1, apdo. *l*), de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y en el artículo 2, párr. 1, apdo. *i*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, esto es, que por «organización internacional» se entienda una «organización intergubernamental». Como se desprende claramente del comentario de la Comisión, la definición más elaborada que se emplea en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se concibió para las circunstancias particulares de ese tema[19]. En el presente contexto, parecería preferible la definición más general y amplia.

19. A medida que avance la labor sobre el tema, podrá considerarse si hay más términos que deban definirse. Si finalmente existe una disposición sobre los «términos empleados», tal vez sea deseable incluir una cláusula de salvaguardia similar a las que figuran en anteriores textos basados en proyectos de la Comisión, como el artículo 2, párr. 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes[20].

20. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 2. Términos empleados*

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

a) Por “derecho internacional consuetudinario” se entenderán aquellas normas de derecho internacional que se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan;

b) Por “organización internacional” se entenderá una organización intergubernamental;

c) …»

(*Continuación de la nota 18.*)

como una de las fuentes principales del derecho internacional […]. En segundo término, el Artículo 38 refleja el acuerdo de todos los miembros de la comunidad internacional sobre los elementos constitutivos básicos que se necesitan para la formación y el funcionamiento de las normas consuetudinarias del derecho internacional, es decir, la práctica, por un lado, y la aceptación de esa práctica como derecho, por otro»); Arangio-Ruiz, «Customary law: a few more thoughts about the theory of “spontaneous” international custom», pág. 105.

[19] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88, comentario al proyecto de artículo 2, párrs. 1 a 15.

[20] El artículo 2, párr. 3, tiene el siguiente tenor: «Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 relativas a la terminología empleada en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado».

Capítulo III

Enfoque básico: dos elementos constitutivos

21. El presente informe parte de la base de que para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario se necesita evaluar tanto la práctica como la aceptación de esa práctica como derecho (enfoque basado en «dos elementos»)[21]. Este enfoque recibió amplio apoyo en la Comisión de Derecho Internacional durante su debate de 2013, así como en la Sexta Comisión[22]. Como se explica más adelante, el enfoque basado en dos elementos es efectivamente el que se sigue de forma general en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales y cortes internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia. También ha recibido un amplio respaldo por parte de la doctrina.

22. Conforme a este planteamiento, puede decirse que existe una norma de derecho internacional consuetudinario cuando hay una «práctica general» que es «aceptada como derecho». Estos dos requisitos, «criterios que [la Corte Internacional de Justicia] ha utilizado en repetidas ocasiones para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario»[23], deben concurrir en cualquier caso que se plantee para apoyar la conclusión de que ha surgido una norma pertinente de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, para analizar de manera convincente si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, «sería necesario comprobar que tal norma cumple

[21] Véase también el párrafo 3, apdo. *a*, *supra*.

[22] Véase también el párrafo 24 *infra*.

[23] *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany* v. *Italy: Greece intervening*), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 122, párr. 55; a continuación, en el mismo párrafo, la Corte Internacional de Justicia especificó que «[e]n particular […] la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que haya “una práctica establecida” junto con la *opinio juris*» (ibíd.). Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77 («Deben cumplirse dos requisitos. Los actos de que se trata deben constituir una práctica establecida y, además, deben ser de tal naturaleza, o realizarse de tal modo, que pongan de manifiesto el convencimiento de que la práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige su cumplimiento»); *Continental Shelf* (*Libyan Arab Jamahiriya/Malta*), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, pág. 29 («Es un axioma evidente que el contenido del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 97, párr. 183 («A continuación la Corte debe considerar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a la presente controversia. A tal fin, debe dirigir su atención a la práctica y la *opinio juris* de los Estados») [Para un resumen en español de los numeroso fallos de la Corte Internacional de Justicia citados en el presente informe, véase *C.I.J. Resúmenes... 1948-1991*, *1992-1996*, *1997-2002*, *2003-2007* o *2008-2012*, según corresponda.]; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 197 («De hecho, la Corte nunca ha abandonado su opinión, firmemente enraizada en la redacción del Estatuto, de que el derecho internacional consuetudinario es “práctica generalmente aceptada como derecho”»).

los requisitos a los que se supedita el nacimiento de una costumbre internacional»[24].

23. En efecto, ambos elementos son indispensables para que una norma de derecho internacional consuetudinario pueda recibir cabalmente tal denominación. Como ha explicado un autor,

> es evidente que sin práctica (*consuetudo*) sería erróneo hablar de derecho internacional consuetudinario, ya que la práctica constituye precisamente la principal *differentia specifica* de ese tipo de derecho internacional. Por otra parte, sin el elemento subjetivo de la aceptación de la práctica como derecho, desaparecería la diferencia entre costumbre internacional y mera regularidad de comportamiento (*usus*) u otras normas de conducta no jurídicas[25].

24. El enfoque basado en dos elementos encuentra un amplio respaldo en la práctica de los Estados. Para mencionar solo varios ejemplos recientes, los Estados Unidos, Rwanda y el Uruguay han manifestado, en tratados bilaterales de inversión, «su común entendimiento» de que el derecho internacional consuetudinario «resulta de una práctica general y constante seguida por los Estados a la que se asigna carácter legal y obligatorio»[26]. De modo similar, los Países Bajos y el Reino Unido han declarado que «los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario [son] la práctica generalizada y reiterada de los Estados (práctica de los Estados) y la creencia de que el cumplimiento es obligatorio por tratarse de una norma jurídica (*opinio juris*)»[27]. Esa posición recibió el apoyo del conjunto de los Estados miembros de la UE en las Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario, que definen el derecho internacional consuetudinario como una fuente del derecho internacional que «procede de los usos y costumbres de los Estados, considerados de obligado cumplimiento»[28]. En Singapur, el Tribunal Supremo ha declarado que «una práctica generalizada y prácticamente uniforme de todos los Estados […], junto con la *opinio juris*, es lo que se necesita para que la norma en cuestión pase a ser una norma de derecho internacional consuetudinario»[29], y, en Eslovenia, el Tribunal Constitucional ha manifestado igualmente que esas normas «pueden pasar a ser obligatorias como derecho internacional consuetudinario cuando las aplican un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional»[30]. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la República Checa también han reconocido el carácter esencial de ambos elementos[31], al igual que el Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelandia, que ha observado que «el derecho internacional consuetudinario, conjunto de normas (no escritas) de derecho internacional que vinculan a todos los Estados […], surge cuando los Estados siguen ciertas prácticas de forma general y reiterada por considerarlas jurídicamente obligatorias»[32]. El hecho de que para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario se requiera una práctica general y su aceptación como derecho ha sido reconocido además por Austria, la Federación de Rusia, la India, Israel, la República Islámica del Irán, Malasia, los países nórdicos, Portugal, Sudáfrica y Viet Nam, entre otros, en sus intervenciones en los debates de la Sexta Comisión sobre los informes de la Comisión de Derecho Internacional correspondientes a 2012 y 2013[33]. En alegaciones recientes ante la Corte Internacional de Justicia, los Estados siguen basando sus argumentos en el enfoque basado en los dos elementos[34].

25. Otros tribunales y cortes internacionales aceptan igualmente que la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario requiere un análisis de los

---

[24] *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 47 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda).

[25] Wolfke, *Custom in Present International Law*, págs. 40 y 41.

[26] Véase el anexo A del Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Rwanda relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Kigali, 19 de febrero de 2008) (*Treaties and Other International Acts Series* 12-0101) y anexo A del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Montevideo, 4 de noviembre de 2005) (ibíd., 06-1101), en que las partes «confirman su común entendimiento acerca de que "derecho internacional consuetudinario" generalmente y como refiere específicamente el artículo 5 y el anexo B resulta de una práctica general y constante seguida por los Estados a la que se asigna carácter legal y obligatorio».

[27] Escrito de los Gobiernos del Reino Unido y el Reino de los Países Bajos en calidad de *amici curiae* en apoyo de los demandados en la causa *Esther Kiobel* et al. *v. Royal Dutch Petroleum Co.* et al. (3 de febrero de 2012) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, pág. 8.

[28] *Diario Oficial de la Unión Europea* C 303, 15 de diciembre de 2009, párr. 7.

[29] *Yong Vui Kong* v. *Public Prosecutor* (Tribunal Supremo – Tribunal de Apelaciones, 14 de mayo de 2010), párr. 96. ILR, vol. 143, pág. 374.

[30] Decisión U-I-146/07, de 13 de noviembre de 2008, párr. 19, nota xix; véase también la causa Up-13/99-24, decisión de 8 de marzo de 2001, párr. 14.

[31] *Succession of States and Individuals*, expediente II ÚS 214/98 (30 de enero de 2001) y *Diplomatic Privileges and Immunities of a Visiting Prince Case*, expediente 11 Tcu 167/2004 (16 de diciembre de 2004).

[32] *Zaouvi v. Attorney General*, CA20/04, Tribunal de Apelaciones, Wellington, sentencia (30 de septiembre de 2004), párr. 34.

[33] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), y *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte). Las declaraciones de los diversos Estados durante esos debates pueden consultarse en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª a 25.ª sesiones (A/67/C.6/SR.18 a SR.25), e ibíd., *sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª a 26.ª y 29.ª sesiones (A/68/C.6/SR.17 a SR.26 y A/68/C.6/SR.29).

[34] Por ejemplo, en *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy: Greece intervening*) Alemania alegó que «no existe ninguna práctica general, apoyada por *opinio juris*, que permita ampliar en modo alguno la excepción del principio de inmunidad del Estado en relación con las violaciones del derecho humanitario cometidas por fuerzas militares durante un conflicto armado» (memoria de la República Federal de Alemania, 12 de junio de 2009, párr. 55); , e Italia, que no invocaba el derecho internacional consuetudinario, observó en su escrito de contestación de la demanda que «[l]a cuestión controvertida en la presente causa no es si existe una práctica generalizada y sistemática, respaldada por la *opinio juris*, que indique la existencia de una norma internacional consuetudinaria que permita, en términos generales, denegar la inmunidad en casos relacionados con violaciones graves del derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos» (contramemoria de Italia, 22 de diciembre de 2009, párr. 4.108). Para otro ejemplo reciente, véase el caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*Belgium v. Senegal*), en particular, la pregunta planteada a Bélgica —con invitación al Senegal para que formule observaciones— por el magistrado Greenwood (Preguntas dirigidas a las partes por los miembros de la Corte en la audiencia pública de 16 de marzo de 2012: recopilación de las respuestas orales y escritas y de los comentarios escritos a esas respuestas, págs. 24 y 25 (Bélgica). En otros casos, del mismo modo que los Estados no han defendido la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario basándose solo en la presencia de la práctica o la *opinio juris*, tampoco han intentado cuestionar la existencia de una supuesta norma de derecho internacional consuetudinario alegando la incorrección teórica del enfoque basado en los dos elementos.

dos elementos. Como se observó en el primer informe, pese al contexto específico en que operan esos otros tribunales y cortes, en general suele tomarse como referencia el enfoque y la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, incluida la función constitutiva que se atribuye a los dos elementos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*[35].

26. La mayoría de los autores también adoptan el enfoque basado en dos elementos. Tal planteamiento se encuentra en manuales y tratados de derecho internacional público[36] y en monografías sobre la costumbre o que se refieren a ella, ya se ocupen específicamente de las fuentes[37] o de otros temas de derecho internacional[38]. Por ejemplo, en *Oppenheim* se afirma que «los términos del Artículo 38 1) *b*) […] indican claramente que hay dos elementos esenciales de la costumbre, a saber, la práctica y la *opinio juris*»[39]. Y en la última edición de *Brierly's Law of Nations: An Introduction to The Role of Law in International Relations* se observa que

> la costumbre en sentido jurídico significa algo más que el mero hábito o uso; es un uso considerado obligatorio por quienes lo siguen […] en los términos del Artículo 38 1) *b*) del Estatuto, debemos examinar si la supuesta costumbre expresa una «práctica generalmente aceptada como derecho»[40].

27. Como se observó en el primer informe, algunos autores han tratado de concebir enfoques alternativos, a menudo destacando un elemento constitutivo frente a otro, ya sea la práctica o la *opinio juris*, o incluso excluyendo totalmente algunos de los elementos[41]. También ocurrió así, hasta cierto punto, con la labor de la Asociación de Derecho Internacional que culminó en 2000 en su Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General[42], que tendió a rebajar la función del elemento subjetivo[43]. Aunque tales estudios siempre son interesantes y estimulantes, y se han tenido (y deben tenerse) debidamente en cuenta, lo cierto es que no parecen haber influido considerablemente en el planteamiento de los Estados o los tribunales. El enfoque integrado por dos elementos sigue ocupando una posición dominante[44].

28. En el primer informe se planteó la cuestión de si podría haber enfoques diferentes respecto de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario en los distintos ámbitos del derecho[45]. Por ejemplo, se han formulado propuestas por parte de la doctrina[46], que oca-

---

[35] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párrs. 66 a 82.

[36] Véanse, por ejemplo, Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, págs. 25 a 31; Cassese, *International Law*, págs. 153 a 169 («los elementos fundamentales constitutivos de la costumbre son: la práctica de los Estados (*usus* o *diuturnitas*) y las correspondientes opiniones de los Estados (*opinio juris* u *opinio necessitatis*)»); Dupuy y Kerbrat, *Droit international public*, pág. 364 («El carácter dual del fenómeno consuetudinario se refleja directamente en la representación que de él hacen las diversas corrientes de la doctrina, tanto objetivista como voluntarista. Tanto para unas como para otras, respaldadas por el citado texto del Artículo 38, *b*) del Estatuto de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y, posteriormente, Corte Internacional de Justicia), es preciso que concurran dos elementos para que se origine la costumbre como norma de derecho»); Bos, *A Methodology of International Law*, pág. 109 («para que una costumbre exista basta simplemente con determinar la existencia de sus supuestos aspectos fácticos, es decir, sus componentes material y psicológico, y someterlos a la prueba de la definición de costumbre»); Lowe, *International Law*, pág. 74 («pueden detectarse dos elementos básicos en la configuración de una costumbre. Se trata de los hechos materiales, esto es, el comportamiento efectivo de los Estados y la creencia psicológica o subjetiva de que ese comportamiento es derecho»); Damrosch y otros, *International Law: Cases and Materials* (Lo que está claro es que la definición de costumbre comprende dos elementos diferenciados); Dailler, Forteau y Pellet, *Droit international public*, pág. 353 («Lo cierto es que todos admiten que el proceso consuetudinario solo es perfecto cuando concurren dos elementos»); Murphy, *Principles of International Law*, págs. 92 y 93 («Los Estados mediante su práctica, y los especialistas en derecho internacional, a través de sus escritos y decisiones judiciales, han llegado a la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario existe siempre que se cumplen dos requisitos: 1) una práctica de los Estados relativamente uniforme y sistemática sobre una determinada cuestión; y 2) el convencimiento por parte de los Estados que esa práctica es jurídicamente obligatoria»); Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, págs. 57 a 63; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 23 («la existencia de una costumbre es […] una conclusión a la que llega alguien (un asesor jurídico, un tribunal, un gobierno, un comentarista) con respecto a dos cuestiones relacionadas: *a*) ¿existe una práctica general?; *b*) ¿se acepta como derecho internacional?»); Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, pág. 136 («una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho»); Klabbers, *International Law*, pág. 26 («dos requisitos principales: debe existir una práctica general, y esta práctica general debe ser aceptada como derecho»); Santulli, *Introduction au droit international*, pág. 45 («la doctrina clásica de los dos elementos de la costumbre: la práctica, que constituye el elemento material, y la aceptación u *opinio juris*, que representa el elemento voluntario (o "psicológico")»).

[37] Véanse, por ejemplo, Millán Moro, *La «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo;* Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 56 y 57 («En derecho internacional, los criterios tradicionales para el reconocimiento de una costumbre vinculante son que exista una práctica de los Estados que sea suficiente […] y que esta vaya acompañada o respaldada por una prueba de lo que tradicionalmente se denomina *opinio juris* u *opinio juris sive necessitatis*»).

[38] Por ejemplo, Corten, *Le droit contre la guerre*; para una edición anterior en inglés, véase Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, cap. 1.

[39] Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 27.

[40] Clapham, *Brierly's Law of Nations…*, pág. 57.

[41] Véase *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párrs. 97 a 101.

[42] *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25–29 July 2000*, Londres, ADI, 2000, págs. 712 a 777; resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general) (Declaración de Londres) pág. 39); véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párrs. 89 a 91.

[43] El informe final hacía referencia a «la supuesta necesidad del elemento "subjetivo"» (Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 718, párr. 10).

[44] Véase también Sender y Wood, «The emergence of customary international law: between theory and practice» («el enfoque basado en dos elementos […] ha facilitado la formación e identificación de normas de derecho internacional que, en su mayor parte, han obtenido aceptación general, al tiempo que ha permitido al derecho internacional consuetudinario mantener su flexibilidad característica. Ha demostrado ser útil, además de estable, y mantiene su posición de autoridad a través del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es vinculante para 193 Estados. Otras teorías sobre el modo en que surgen las normas de derecho internacional consuetudinario reflejan, en esencia, prácticas políticas; como tales pueden ser instructivas, pero no dejan de ser política y no derecho»).

[45] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párr. 19.

[46] Ibíd., notas 31 a 33; véanse también Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», pág. 128 («ha llegado el momento de reconsiderar la teoría de la costumbre y articular los diversos tipos de costumbre existentes (y, por tanto, sus distintos elementos) dependiendo del tema y ámbito de que se trate. No existe una costumbre internacional; existen muchas costumbres internacionales cuya pertenencia a una única familia aún está por demostrar. Por consiguiente, debe trazarse un nuevo mapa del derecho

sionalmente se han reflejado en la práctica[47], de que en ámbitos como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, entre otros, para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario puede bastar un solo elemento, a saber, la *opinio juris*[48]. Sin embargo, según la opinión más autorizada esto no es así[49]. No obstante, puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en dos elementos en diversos campos (o, tal vez más precisamente, con respecto a distintos tipos de normas): por ejemplo, puede darse el caso de que «a efectos de un caso [concreto], la práctica estatal más pertinente»[50] se encuentre en un tipo especial de práctica a la que se atribuiría «un mayor peso»[51]. No obstante, el planteamiento subyacente es el mismo: ambos elementos son necesarios. Cualquier otro enfoque supone el riesgo de dividir el derecho internacional en parcelas separadas, lo que sería contrario al carácter sistémico de dicha rama del ordenamiento jurídico[52]. En cualquier caso, como se

internacional consuetudinario que refleje los distintos perfiles de la vida internacional, en lugar de constreñir artificialmente la creciente diversidad de tal experiencia a esa cama de Procusto que serían los elementos tradicionales de práctica y *opinio juris*»); Cassese, *International Law*, págs. 160 y 161 («*Usus* y *opinio*, como elementos del derecho consuetudinario, tienen una función diferente en una rama específica del derecho internacional, el derecho humanitario de los conflictos armados […]. Por consiguiente, es lógicamente admisible (y encuentra su fundamento en la práctica) deducir [de la redacción de la cláusula Martens] que tal vez el requisito de la *práctica* de los Estados no tenga que aplicarse a la formación de un principio o una norma que se basa en las leyes de la humanidad o los dictados de la conciencia pública»).

[47] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić*, causa IT-95-16-T (Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), fallo de 14 de enero de 2000, págs. 1742 y 1743, párr. 527 («los principios de derecho internacional humanitario pueden surgir por conducto de un proceso consuetudinario bajo la presión de las exigencias de la humanidad o los dictados de la conciencia pública, aun cuando la práctica de los Estados sea escasa o incoherente. El otro elemento, en la forma de *opinio necessitatis*, cristalizado a resultas de los imperativos de humanidad o la conciencia pública, puede convertirse en el elemento decisivo que indique el surgimiento de una norma o un principio general del derecho humanitario»); véase también la sentencia de apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (Sala del Tribunal Supremo), causa 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 de febrero de 2012), pág. 48, párr. 93 («En cuanto al derecho internacional consuetudinario, la Sala del Tribunal Supremo considera que, al evaluar el surgimiento de un principio o norma general con respecto a un comportamiento que vulnera las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública en particular, el requisito tradicional de una práctica estatal "amplia y virtualmente uniforme" puede realmente ser menos estricto que en otros ámbitos del derecho internacional, y el requisito de la *opinio juris* puede primar sobre el elemento de la costumbre conocido como *usus*»).

[48] Del mismo modo, se ha sugerido que podría utilizarse una «escala móvil» (en virtud de la cual una práctica estatal sistemática puede dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario incluso aunque no haya prueba de la aceptación de la práctica como derecho, y la aceptación como derecho claramente comprobada puede generar una norma de derecho internacional consuetudinario sin ninguna prueba de una práctica establecida), «dependiendo de la actividad en cuestión y de lo razonable que sea la norma consuetudinaria que se invoca»: véase Kirgis, «Custom on a sliding scale», pág. 149 (el modelo también se refiere a situaciones en las que uno u otro elemento no aparece con «mucha» intensidad).

[49] Véanse también las declaraciones de China, la Federación de Rusia, Israel, la República Islámica del Irán, Polonia, Singapur y Sudáfrica formuladas en el debate celebrado en 2013 en la Sexta Comisión (véase la nota 33 *supra*), en todas las cuales se solicitó que se aplicara un enfoque unificado; Treves, «Customary international law», pág. 938, párr. 3 («La característica esencial que comparten las normas de derecho internacional consuetudinario es el modo en que se generan y la manera en que puede determinarse su existencia»); Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship».

[50] *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 132, párr. 73.

[51] Ibíd., pág. 162, párr. 4 (opinión separada del magistrado Keith). Véanse, por ejemplo, *Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 614, párr. 88 («en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las empresas y los derechos de sus accionistas, y la solución de las controversias conexas, se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de las inversiones extranjeras, como los tratados relativos a la promoción y protección de las inversiones extranjeras, y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que creó el CIADI, así como por contratos entre los Estados y los inversores extranjeros. En ese contexto, la función de la protección diplomática se ha desdibujado en cierto modo, ya que en la práctica solo se recurre a ella en las escasas ocasiones en que no existen regímenes convencionales o estos han demostrado ser inoperantes»); *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, pág. 465, párr. 99 («Antes de señalar algunos principios y normas de derecho consuetudinario que han surgido en la comunidad internacional a los efectos de reglamentar las situaciones de disturbio, es necesario expresar una nota de cautela con respecto al proceso legislativo en el ámbito del derecho de los conflictos armados. Cuando se trata de determinar la práctica de los Estados para comprobar la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general, es difícil, si no imposible, establecer cuál fue exactamente el comportamiento del personal de los contingentes en el terreno para determinar si efectivamente respetaron o infringieron ciertas normas de conducta. Este examen resulta sumamente difícil por el hecho de que generalmente no se permite el acceso de observadores independientes (a menudo ni siquiera del Comité Internacional de la Cruz Roja) al teatro de operaciones militares, y las partes en el conflicto no revelan información sobre el real desarrollo de las hostilidades; peor aún, con frecuencia se divulga información errónea para engañar al enemigo, a la opinión pública y a los gobiernos de países extranjeros. Por lo tanto, al evaluar la formación de normas consuetudinarias o principios generales, se debe tener presente que, debido a la naturaleza intrínseca de este tema, se debe recurrir en primer lugar a elementos tales como las declaraciones oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales»); véase también *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 15 de julio de 1999, pág. 157, párr. 194; Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, pág. 32 («El peso atribuido a los actos depende del contexto de la norma internacional consuetudinaria. Por ejemplo, los tratados tienen gran importancia en cuestiones de extradición, mientras que las decisiones de tribunales internos tienen mayor peso en aspectos relacionados con la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros y órganos estatales extranjeros, etc.»). Compárese con *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 175, 176 y 178 (opinión disidente del magistrado Tanaka) («Decidir si existen o no esos dos factores en el proceso de formación de una norma jurídica consuetudinaria es una cuestión delicada y difícil. […] La valoración de los factores debe ser sensible a las circunstancias y, por tanto, elástica; requiere aplicar un enfoque teleológico. […] En resumen, el proceso de generación de una norma consuetudinaria es de carácter relativo y depende de la rama del derecho de que se trate, como he indicado anteriormente. El factor temporal, principalmente la duración de la costumbre, es relativo; lo mismo puede decirse del factor cuantitativo, es decir, la práctica de los Estados. No se trata solo de que cada factor que da lugar a una norma de derecho consuetudinario se evalúe teniendo en cuenta el caso y las circunstancias, sino que la formación en su conjunto debe considerarse un proceso orgánico y dinámico. No se deben examinar con el máximo formalismo los requisitos necesarios para que exista el derecho consuetudinario y dejar de lado el criterio de la necesidad social, es decir, la importancia de los objetivos y propósitos que aspira a lograr el derecho consuetudinario en cuestión»).

[52] Como se destaca al inicio del estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, «[e]l derecho internacional es un sistema jurídico» (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 251, conclusión 1). Por otra parte, «cuando los tribunales ignoran los requisitos tradicionales del derecho internacional consuetudinario o no

(*Continuación en la página siguiente.*)

explica más adelante, a menudo es difícil considerar los dos elementos separadamente[53].

29. Todo el material probatorio debe examinarse dentro de este contexto[54]. Al valorar la existencia o no de ambos elementos constitutivos, ya sea mediante el examen de pruebas primarias o utilizando medios subsidiarios, deben extremarse las precauciones. Aunque «las pruebas pueden obtenerse [de diversas fuentes], es preciso obrar siempre con la máxima cautela»[55]. De las circunstancias particulares depende en gran medida la determinación de lo que es realmente la práctica pertinente y la medida en que efectivamente se acepta como derecho[56], y a cada prueba puede atribuirse un peso distinto. Por ejemplo, «[s]on particularmente significativas las manifestaciones de práctica que van contra los intereses del Estado de las que proceden, o que entrañan considerables costos políticos, militares, económicos o de otra índole para él, ya que es menos probable que reflejen motivos de oportunidad política, cortesía, etc.»[57]. De modo similar, el cuidado con que se formula una declaración es un factor pertinente; cabe atribuir menos importancia a comentarios improvisados que se hacen en el calor del debate.

30. La determinación de si existe una norma de derecho internacional consuetudinario supone identificar «una práctica, que […] ha obtenido tanta aceptación entre los Estados que pasa a ser considerada obligatoria conforme al derecho internacional general»[58]. Tal ejercicio puede ser un «proceso arduo y complejo»[59], sobre todo porque «[evidentemente] debe probarse que cualquier supuesta norma de derecho consuetudinario es una norma válida de derecho internacional, y no una mera proposición sin fundamento»[60]. Como se explica más adelante, esta tarea

> [r]equiere cautela y equilibrio, no solo para determinar la adecuada combinación de lo que los Estados hacen y dicen, desean y creen, sino también para ser consciente de las ambigüedades que conllevan muchos elementos de la práctica[61].

31. Teniendo en cuenta lo que antecede, se proponen los siguientes proyectos de conclusiones:

«*Proyecto de conclusión 3. Enfoque básico*

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido, es necesario comprobar que existe una práctica general aceptada como derecho.

Proyecto de conclusión 4. Valoración de la prueba

Al valorar la prueba de la existencia de una práctica general aceptada como derecho, debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso.»

(*Continuación de la nota 52.*)

los someten a un estricto control, se exponen a favorecer tácitamente lo que se ha dado en llamar "la promoción apresurada de nuevas normas jurídicas". [En tales casos] apenas se presta atención a las sutilezas del consentimiento de los Estados o la probabilidad de cumplimiento de unas normas promulgadas con tanta facilidad» (Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 285).

[53] Véase también Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 62 («La práctica y la *opinio juris* proporcionan conjuntamente la información necesaria para determinar si existe una norma consuetudinaria, aunque la función de cada una —práctica y *opinio*— no se centra exclusivamente en sí misma; ambas se complementan»); y Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 718, párr. 10, apdo. *c*) («De hecho, a menudo es difícil, cuando no imposible, desligar los dos elementos»).

[54] Véase también *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 200 («Hay expresiones aisladas que figuran en la correspondencia diplomática que, si se consideran al margen de su contexto, podrían interpretarse como un reconocimiento de las pretensiones de los Estados Unidos de ejercer la jurisdicción consular y otros derechos establecidos mediante capitulación. Por otra parte, la Corte no puede ignorar el tenor general de la correspondencia»).

[55] Kunz, «The nature of customary international law», pág. 667.

[56] Véase también Treves, «Customary International Law», págs. 943 y 944, párr. 28 («[las manifestaciones de la práctica] contribuyen a determinar qué constituye derecho internacional consuetudinario en un momento dado. El desempeño de esa tarea requiere cautela y equilibrio, no solo para determinar la adecuada combinación de lo que los Estados hacen y dicen, desean y creen, sino también para ser consciente de las ambigüedades que conllevan muchos elementos de la práctica»).

[57] Ibíd., pág. 944, párr. 30.

[58] *Pulp Mills on the River Uruguay* (*Argentina* v. *Uruguay*), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 83, párr. 204.

[59] Petrič, «Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia». Véase también el escrito del Reino Unido y los Países Bajos en su calidad de *amici curiae* en apoyo de los demandados en la causa *Esther Kiobel* (nota 27 *supra*), pág. 13 («Por consiguiente, la metodología para determinar qué constituye una nueva norma de derecho internacional […] no es una cuestión simple y requiere un análisis pormenorizado que permita establecer si concurren los elementos necesarios de práctica de los Estados y *opinio juris*»); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 100 (opinión separada del magistrado De Castro) («No es fácil demostrar la existencia de una práctica generalmente aceptada como derecho»); Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 667 («Determinar si en un caso concreto se cumplen los dos requisitos del procedimiento consuetudinario […] es tarea difícil»).

[60] Shaw, *International Law*, pág. 144.

[61] Treves, «Customary International Law», págs. 943 y 944, párr. 28. Véanse también Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 279 («aplicar los criterios para determinar la existencia de una costumbre no es un proceso científico cuya precisión sea mensurable. Más bien requiere una evaluación de los hechos y los argumentos»); Birnie y Boyle, *International Law and the Environment*, pág. 16 («la identificación del derecho consuetudinario siempre ha sido, y sigue siendo, especialmente problemática, y requiere obrar con habilidad y juicio e investigar a fondo»).

Capítulo IV

Una práctica general

32. La práctica[62], a menudo denominada elemento «material» u «objetivo», desempeña una «función esencial» en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario[63]. Puede percibirse como la «materia prima» del derecho internacional consuetudinario, puesto que este último surge de la práctica, que sirve «a la vez para definirlo y limitarlo»[64]. Tal práctica consiste en actos «materiales y detectables»[65] de sujetos de derecho internacional, y son esos «ejemplos de comportamiento»[66] los que pueden formar «una red de precedentes»[67] en la que quepa observar un patrón de conducta.

33. *De «práctica general» a «práctica de los Estados».* Los Estados siguen siendo los sujetos principales del derecho internacional[68]. La práctica de los Estados desempeña varias funciones importantes en el derecho internacional, incluida la práctica ulterior como elemento (o medio) de interpretación de los tratados conforme a los artículos 31, párr. 3, apdo. *b*, y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales[69]. La conducta de los Estados es de fundamental importancia para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, por lo que el elemento material del derecho internacional consuetudinario suele conocerse como «práctica de los Estados», esto es, conducta que es atribuible a los Estados[70]. «La práctica efectiva de los Estados […] es lo que expresa, o crea, las normas consuetudinarias»[71]. Como la Corte Internacional de Justicia ha declarado de forma reiterada, «el derecho internacional consuetudinario se deriva de la práctica de los Estados»[72].

34. *Atribución de la práctica a un Estado.* Al igual que en otros casos, como la responsabilidad del Estado y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, para que la práctica sea pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario debe ser atribuible al Estado[73]. A tal fin, pueden resultar

---

[62] La práctica también recibe otras denominaciones, a menudo intercambiables, tales como «uso», «*usus*», «*consuetude*» o «*diuturnitas*».

[63] Como la Corte Internacional de Justicia observó: «Al estar obligada por el Artículo 38 de su Estatuto a aplicar, entre otras cosas, la costumbre internacional "como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho", la Corte no puede desconocer la función esencial que desempeña la práctica general» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 97 y 98, párr. 184).

[64] Véase la opinión disidente del magistrado Spender en *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 99 («La forma adecuada de determinar la naturaleza y el alcance de ese tipo de costumbre, en caso de que quede acreditada, es tener en cuenta la práctica que sirve a la vez para definirla y limitarla. El primer elemento de una costumbre es una práctica constante y uniforme, cuya existencia debe demostrarse antes de que pueda identificarse la costumbre»).

[65] Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pág. 318 y ss., secc. 110 (donde se refiere al «uso» como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario); también citado en D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pág. 49.

[66] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 108. Véase también la definición de Weisburd: «varios tipos de actividad, […] la práctica es justamente eso» («Customary international law: the problem of treaties», pág. 7).

[67] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 329 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun). Véanse también *Corfu Channel*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 83 y 99 (opinión disidente del magistrado Azevedo) («La costumbre se compone de precedentes reconocidos. [El derecho internacional consuetudinario requiere] la existencia de hechos significativos o constantes que pueden justificar la asunción de que los Estados han acordado reconocer una [norma] consuetudinaria»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 175 (opinión disidente del magistrado Tanaka) (en referencia a «un uso o una repetición continua del mismo tipo de actos […] Representa un factor cuantitativo del derecho consuetudinario»); Stern, «Custom at the heart of international law», pág. 95 («se admite de manera generalizada que el elemento material está constituido por la repetición de un determinado número de hechos durante cierto período de tiempo, variables que se modulan dependiendo de la situación de que se trate»).

[68] Véase también Walter, «Subjects of International Law», pág. 636, párr. 5.

[69] Cuestión actualmente examinada por la Comisión en el contexto del tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»: véanse en particular los proyectos de conclusión 4, párr. 2, y 5 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38). Véanse también Weisburd, «The International Court of Justice and the concept of State practice», pág. 299 (donde se observa que «no cabe insistir lo suficiente en la importancia de la práctica de los Estados en el derecho internacional»); Aceves, «The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice»; Parry, «The practice of States», pág. 165 («Se tiene en cuenta la práctica de los Estados, es decir, la prueba de la existencia de nuevas normas sobre nuevos temas de derecho internacional, o de cambios en el derecho anterior»).

[70] Véanse también Wood y Sender, «State practice»; Dinstein, «The interaction between customary law and treaties», pág. 266 («La práctica general que constituye *font et origo* del derecho internacional consuetudinario es, en esencia, la de los Estados»); Mendelson, «The formation of customary international law», pág. 201 («lo que por conveniencia y de forma tradicional se denomina práctica de los Estados […] es, más precisamente, la práctica de los sujetos de derecho internacional»). Sobre el desarrollo histórico de la doctrina de la práctica de los Estados como base del derecho internacional consuetudinario, véase Carty, «Doctrine versus State practice».

[71] *Continental Shelf* (*Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya*), fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 46, párr. 43.

[72] *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 143, párr. 101. Por consiguiente, cuando se ha utilizado el término «práctica internacional» ha sido en referencia a la práctica de los Estados: véanse, por ejemplo, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (segunda fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 242 (opinión disidente del magistrado Read); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 261 (opinión separada del magistrado Padilla Nervo) y pág. 344 (opinión disidente del magistrado Riphagen); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 83 (opinión separada del magistrado De Castro); *Gabčikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*), fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 236 (opinión disidente del magistrado Skubiszewski); *Fisheries Jurisdiction* (*Spain v. Canada*), competencia, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 554 (opinión disidente del magistrado Ranjeva); *Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 75 y 76 (opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal); *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 170 (opinión separada del magistrado Keith); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*Belgium v. Senegal*), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 457.

[73] Véanse el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, primera parte, cap. II

(*Continuación en la página siguiente.*)

pertinentes los actos de todos los poderes del Estado (ya ejerzan funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole)[74]. La conducta de órganos *de facto* de un Estado, esto es, «las personas o entidades que se consideran órganos de un Estado conforme al derecho internacional, aunque no estén caracterizados como tales en el derecho interno»[75], también puede tener la consideración de práctica del Estado[76]. Este puede ser el caso «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado»[77].

35. Una dificultad significativa estriba en determinar cuál es la práctica de los Estados. La diseminación y localización de la práctica sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno, pese al desarrollo de los recursos tecnológicos y de la información[78]. Como se indica en el capítulo VI *supra*, esta cuestión —que la Comisión examinó hace varias décadas bajo el título «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario» (períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950)— será reexaminada en el tercer informe del Relator Especial.

36. Se proponen los siguientes proyectos de conclusiones:

«*Proyecto de conclusión 5. Función de la práctica*

El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 6. Atribución de la conducta

La práctica del Estado consiste en una conducta que es atribuible a un Estado, ya sea en el ejercicio de funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.»

37. *Manifestaciones de la práctica*. Ocasionalmente se ha sugerido que la «práctica de los Estados» solo debería considerarse tal a los fines del derecho internacional consuetudinario cuando se relaciona con un tipo de situación que encuadra en la esfera de las relaciones internacionales[79], o con algún hecho o episodio real consistente en la formulación de una reclamación (y no de afirmaciones *in abstracto*)[80]. Este enfoque resulta demasiado restringido; efectivamente, podría sostenerse que «en el sistema internacional […] todo acto de un Estado puede llegar a ser un acto legislativo»[81]. Esos actos pueden consistir tanto en

(*Continuación de la nota 73.*)

(*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76), y elproyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, proyecto de conclusión 5 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38). Véase también Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», pág. 318 (en referencia a los artículos (4, 5 y 8) de 2001, respecto de los cuales sugiere que «es indudable que principios análogos deberían aplicarse a la identificación de los órganos y personas competentes para formular declaraciones o elaborar material que puedan considerarse práctica de los Estados»). Las reglas de atribución no tienen que ser necesariamente idénticas en distintos contextos; véase, por ejemplo, Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, pág. 1190 («La práctica que respalda la existencia de una norma de derecho consuetudinario debe ser una práctica estatal, es decir, una práctica de órganos del Estado, aunque los requisitos no son los mismos que para establecer la responsabilidad del Estado»).

[74] El artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que «[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole» (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76); véase también Crawford, *State Responsibility. The General Part*, págs. 113 a 126. Véanse también *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, opinion consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 87 («Conforme a una norma arraigada de derecho internacional, la conducta de cualquier órgano de un Estado debe considerarse un acto de ese Estado»); *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 242; Alemania, orden de la Sala Segunda de 5 de noviembre de 2003 (Tribunal Constitucional Federal), párr. 51 («A tal fin [el de consultar la práctica estatal pertinente], el Tribunal se centra en la conducta de los órganos de autoridad estatal que son competentes para las relaciones jurídicas conforme al derecho internacional; como regla general, se trataría del gobierno o el jefe de Estado. Aparte de esto, la práctica del Estado también puede derivarse de los actos de otros órganos de autoridad estatal como el parlamento o los tribunales, en la medida en que su conducta sea directamente pertinente conforme al derecho internacional») (*2 BvR 1506/03*); Bos, *A Methodology of International Law*, pág. 229 («la práctica puede ser cualquier conducta que entre en el ámbito de la jurisdicción del Estado. Todos los actos o, con carácter más general, las formas de comportamiento que tengan esa calificación pueden convertirse en la base de una norma consuetudinaria»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 17. La antigua posición de que solo los actos de quienes están designados para representar externamente al Estado («órganos internacionales del Estado») pueden considerarse práctica estatal (expresada, por ejemplo, por Strupp, «Regles générales du droit de la paix», págs. 313 a 315) ha dejado de aceptarse con carácter general.

[75] Palchetti, «*De facto* organs of a State», pág. 1048, párr. 2.

[76] Véase también Zemanek, «What is “State practice” and who makes it?», pág. 305 («la autoridad constitucional de los órganos que realizan los actos es irrelevante siempre que, al ser evaluados de buena fe y con la debida diligencia por los Estados extranjeros, constituyan una conducta atribuible al Estado en cuestión y expresen o materialicen su actitud frente a una norma de derecho consuetudinario»).

[77] Véase el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76). No parece acertada la propuesta del Comité de la Asociación de Derecho Internacional de que, en Estados con estructura federal, «las actividades de las entidades gubernamentales de ámbito territorial de un Estado que no tienen personalidad jurídica internacional diferenciada no suelen, como tales, ser constitutivas de práctica estatal, a no ser que se realicen en nombre del Estado o sean adoptadas (“ratificadas”) por él» (Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 16).

[78] Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 56 («La prueba del derecho consuetudinario [sigue siendo] dispersa, difícil de concretar y, en su conjunto, poco sistemática»).

[79] Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 666; Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 9 (donde se sugiere correctamente, sin embargo, que «el hecho de que una cuestión tenga que ver con las relaciones jurídicas internacionales de un Estado, o sea solo una cuestión de jurisdicción interna, depende del estado de desarrollo del derecho internacional y de las relaciones en ese momento»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 56.

[80] Véase, por ejemplo, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 58 («La práctica del Estado como elemento material en la formación de la costumbre es, vale la pena aclararlo, *material*, es decir, se compone de actos de los Estados respecto de una persona o buque en particular o una esfera definida de territorio, cada uno de los cuales constituye la afirmación o negación de una reclamación relacionada con una cuestión concreta que es objeto de un litigio»).

[81] Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 31. Véase también Brownlie, «Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom»,

una conducta física como en una conducta verbal (escrita u oral): las opiniones en sentido contrario, según las cuales «las reclamaciones en sí mismas, aunque pueden *articular* una norma jurídica, no pueden considerarse material integrante de la costumbre»[82], son demasiado restrictivas[83]. Aceptar dichas opiniones también podría interpretarse como una forma de alentar la confrontación y, en algunos casos, incluso el uso de la fuerza[84]. De todos modos, parece innegable que «el método de comunicación entre los Estados se ha ampliado. Los actos "reales" se vuelven menos frecuentes porque el derecho internacional, y la Carta de las Naciones Unidas en particular, pone cada vez más restricciones a los Estados al respecto»[85]. Además, «el término "práctica" (según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es suficientemente general —algo que se corresponde con la flexibilidad del derecho consuetudinario en sí mismo— como para abarcar *todo acto o conducta de un Estado*, y no es del todo claro qué les faltaría a los actos verbales dimanantes de un Estado para que no pueda atribuírselos a la conducta de ese Estado»[86]. Asimismo, como se sugiere más adelante, es necesario ejercer cautela al evaluar lo que los Estados (y organizaciones internacionales) señalan: las palabras no siempre pueden interpretarse literalmente.

38. Una vez que se aceptan tanto los actos físicos como los verbales como tipos de práctica a los fines de determinar el derecho internacional consuetudinario, parece que las «distinciones entre "actos constitutivos" y "prueba de actos constitutivos" […] son artificiales y arbitrarias»[87]. En el informe se evitará hacer estas distinciones. Como

---

págs. 313 y 314 (donde se sugiere, entre otras cosas, que «el material que no está relacionado con crisis súbitas tiene más probabilidades de constituir una visión madura y coherente de la ley»); Degan, *Sources of International Law*, pág. 149 (quien señala que si bien algunos académicos más antiguos habían restringido la prueba de la costumbre a la que pudiera obligar al Estado en el plano internacional, «sin embargo, […] las normas consuetudinarias pueden surgir de actos legislativos u otros actos unilaterales concordantes de una serie de Estados, e incluso algunas resoluciones de tribunales nacionales pueden influir en la práctica»).

[82] D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pág. 88 (donde se explica que «un Estado no ha hecho nada hasta que formula una reclamación; hasta que adopte una medida concreta, la reclamación tiene poco valor como predicción de lo que el Estado hará realmente»). Véase también *Fisheries* (*United Kingdom v. Norway*), fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 191 (opinión disidente del magistrado Read) («[El derecho internacional consuetudinario] no puede establecerse sobre la base de casos en que los Estados ribereños hayan formulado reclamaciones amplias, pero no hayan mantenido sus reclamaciones reafirmando efectivamente su soberanía sobre los buques extranjeros que penetran en su mar […]. La única prueba convincente de la práctica de los Estados radica en los secuestros, cuando el Estado ribereño reafirma su soberanía sobre las aguas en cuestión al detener a un buque extranjero y mantiene su posición en el curso de la negociación diplomática y el arbitraje internacional»); D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», pág. 465 («lo que los gobiernos *dicen* es, en el mejor de los casos, *una teoría sobre* el derecho internacional, y no el derecho internacional en sí mismo»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 42 («las costumbres surgen de conductas y no de la promesa de realizarlas»); van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 108. Para una posición antigua y extrema, véase Sudáfrica, J. Conradie en *S.* v. *Petane*, *The South African Law Reports 1988* (3) págs. 59, párr. G y 61, párr. E (División Provincial del Cabo) («Wl derecho internacional consuetudinario se basa en la práctica, no en la prédica. […]. Se debe […] tratar de encontrar ejemplos de práctica de los Estados en lo que estos han hecho sobre el terreno en el duro clima de un mundo tempestuoso, y no en lo que sus representantes declaran en un entorno tan marcadamente ideológico como son las Naciones Unidas, en que la indignación a menudo parece constituir un sustituto de la acción»).

[83] Véase también Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 19 y 20 («hay grandes razones para calificar los actos verbales como práctica de los Estados. En primer lugar, y lo que es más importante […] los Estados en sí mismos y los tribunales consideran que los comentarios formulados en las conferencias constituyen práctica de los Estados»); Parry, «The Practice of States», pág. 168 («con mucha frecuencia hay muy poca diferencia entre lo que un Estado hace y lo que dice porque es posible que sus acciones solo consistan en pronunciamientos»); Akehurst, «Custom as a source of international law», pág. 53 («La práctica de los Estados es todo acto o declaración de un Estado de los que puedan inferirse opiniones sobre el derecho consuetudinario»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, pág. 342 («incluso si quisiéramos hacer una distinción clara entre la práctica "efectiva" y otras formas de práctica (¿no efectiva?), ello no es fácil y a veces es sencillamente imposible»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», págs. 265 y 267 («También se ha dicho a veces que solo los hechos y no las palabras son pertinentes en lo que respecta a la práctica de los Estados […] Las palabras, las declaraciones, las comunicaciones, e incluso las señales deben incluirse en la gran variedad de prácticas que pueden llegar a constituir derecho consuetudinario […] es inaceptable desde el punto de vista jurídico excluir las comunicaciones, o las palabras escritas y orales, del mundo de la práctica de los Estados. No hay un *numerus clausus* de actos o de práctica de los Estados que sea exclusivamente necesario o decisivo para la formación y la entrada en vigor del derecho consuetudinario. Por otra parte, debe admitirse que las declaraciones verbales no pueden crear normas de derecho consuetudinario si la práctica real es diferente»); Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», pág. 812 («la práctica de los Estados se funda en sus acciones y reacciones. Se trata de "un proceso de interacción recíproca", lo que no significa que la práctica de los Estados se componga exclusivamente de acciones en sentido estricto. Las palabras y la inacción también son prueba de la conducta de los Estados»); Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», pág. 300 («La firme declaración de un Estado de lo que considera ser la norma es una prueba mucho mejor de su posición de lo que puede inferirse de las acciones de ese país en distintas épocas y en una variedad de contextos»). También vale la pena recordar en este sentido la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), págs. 13 y 14, en que se acepta que «los actos verbales y no solo los actos físicos de los Estados se consideran práctica de los Estados»: «Al definir la práctica de los Estados […] es necesario tener en cuenta la distinción que existe entre la conducta que cuenta como práctica del Estado y el peso que se le da […] La discusión del elemento objetivo en la costumbre ha estado plagada de problemas por no hacerse esta distinción».

[84] Véase también Müllerson, «The interplay of objective and subjective elements in customary law», pág. 162 («si solo los secuestros, las invasiones, el genocidio y otros actos similares constituyeran práctica de los Estados, entonces en algunas esferas del derecho internacional (por ejemplo, en el derecho internacional humanitario) solo los llamados Estados renegados contribuirían al desarrollo del derecho consuetudinario […]. [Además] aumentaría aún más el papel de los Estados poderosos en el proceso de elaboración del derecho internacional. Por último […] en muchas áreas del derecho internacional quizás solo algunos Estados tengan esa práctica ["efectiva"] o es posible que los Estados participen en una práctica "efectiva" solo ocasionalmente»).

[85] Zemanek, «What is "State Practice" and who Makes It?», pág. 306.

[86] Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 21.

[87] Zemanek, «What is "State Practice" and who Makes It?», pág. 292 (donde se explica que «uno puede disimular el otro» y se añade que «Además, quizás no se podría saber nunca de un acto "constitutivo" si no quedara registrado»). Véase también D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pág. 268 («una norma jurídica no es algo que existe en abstracto, y la *opinio juris* no es algo tangible. Las normas jurídicas y los estados mentales aparecen *solo* como manifestaciones de conducta; son generalizaciones que hacemos cuando encontramos patrones recurrentes de conducta o argumentos jurídicos estructurados. Si es necesario utilizar el término "prueba", podemos decir que las normas jurídicas se expresan *solo* como "pruebas"; si las pruebas demuestran verdaderamente la existencia de normas jurídicas, entonces se trata de una exteriorización de la norma en sí. La prueba es un componente necesario, imprescindible, de la norma; sin embargo, debido a las confusiones que son consecuencia de su uso, es mejor relegar los términos "prueba" y "fuentes" al campo de la terminología contraproductiva»).

se señaló en el debate de la Comisión en 2013, el material que es necesario consultar para determinar el derecho internacional consuetudinario puede constituir prueba de la existencia de una norma consuetudinaria y en otras situaciones puede constituir también la fuente de la práctica en sí misma[88]. Por lo tanto,

> la prueba [para determinar si ha surgido o no una norma de derecho internacional consuetudinario] puede asumir distintas formas, *entre ellas** una conducta: lo que importa es que la fuente sea fidedigna e inequívoca, y refleje la posición sistemática del Estado de que se trate[89].

39. La práctica (y su prueba) asume una gran variedad de formas, puesto que «cuando interactúan y se comunican […] los Estados no se restringen a tipos de actos determinados dogmáticamente y utilizan todas las formas que cumplen ese propósito»[90]. La propia Comisión ha utilizado distintos materiales para evaluar la práctica a los fines de establecer normas de derecho internacional consuetudinario[91].

40. Varios autores han elaborado listas de las principales formas que puede adoptar la práctica. Por ejemplo, *Brownlie's Principles of Public International Law* contiene la siguiente lista, que no es taxativa:

> correspondencia diplomática, declaraciones de política, comunicados de prensa, opiniones de asesores jurídicos de los gobiernos, manuales oficiales sobre cuestiones jurídicas (por ejemplo, manuales de derecho militar), decisiones y prácticas ejecutivas, órdenes de fuerzas militares (por ejemplo, reglas de enfrentamiento), comentarios de los gobiernos sobre proyectos de la Comisión de Derecho Internacional y sus comentarios correspondientes, legislación, resoluciones judiciales internacionales y nacionales, preámbulos de tratados y otros instrumentos internacionales (en particular cuando se utilice una forma para «todos los Estados»), una serie extensa de tratados que utilicen los mismos términos, la práctica de los órganos internacionales y las resoluciones relativas a cuestiones jurídicas en los órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General[92].

41. Dado que es inevitable que se produzcan cambios políticos y tecnológicos, y teniendo en cuenta el ritmo al que se producen, no es posible ni deseable intentar elaborar una lista exhaustiva de esas «fuentes materiales» de derecho internacional consuetudinario: tal como sucedía en 1950, sigue siendo poco práctico para la Comisión «enumerar todos los diversos tipos de documentos que revelan la práctica de los Estados sobre cada uno de los numerosos problemas que surgen en las relaciones internacionales»[93]. Al mismo tiempo, puede ser útil señalar algunos de los principales tipos de práctica que han invocado los Estados, cortes y tribunales, y que se citan en la doctrina. Por lo tanto, la siguiente lista no es exhaustiva; es más, algunas de las categorías que se presentan a continuación se superponen, de modo que es muy posible que algún ejemplo o tipo concreto de práctica de los Estados pueda encuadrarse en más de una categoría.

a) *Actos físicos de los Estados*, es decir, la conducta de los Estados «sobre el terreno»[94]. Algunos ejemplos de esta práctica podrían ser el paso de buques por aguas internacionales[95]; el paso por el territorio[96]; el secuestro de buques de pesca; el otorgamiento de asilo diplomático[97]; el comportamiento en el campo de batalla o el comportamiento operacional; o la realización de ensayos nucleares en la atmósfera o el despliegue de armas nucleares[98];

b) *Actos del Poder Ejecutivo*. Entre estos actos figuran órdenes y decretos ejecutivos[99] y otras «medidas administrativas»[100], así como declaraciones oficiales de

---

[88] *Anuario… 2013*, vol. I, 3183.ª, sesión, intervención del Sr. Hmoud.

[89] Brownlie, «Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», pág. 318. Véase también Clapham, *Brierly's Law of Nations…*, pág. 58 («Esa prueba [de una supuesta costumbre] obviamente será cuantiosa y también variada. Existe una multitud de ocasiones en que las personas que actúan o hablan en nombre de un Estado realizan actos o formulan declaraciones que expresan o muestran alguna opinión sobre alguna cuestión de derecho internacional. Todo acto o declaración de ese tipo puede, aun con sus limitaciones, constituir prueba en alguna medida de la existencia o inexistencia de una costumbre, y por lo tanto, de una norma de derecho internacional. Pero, por supuesto, su valor probatorio quedará totalmente determinado por la ocasión y las circunstancias»).

[90] Zemanek, «What is "State Practice" and who Makes It?», pág. 299. Además, «ninguna norma de derecho internacional describe los hechos cuyo acaecimiento conduce a la formación de una costumbre […] no existen elementos fácticos específicos cuyo mero acaecimiento pruebe la existencia de una norma» (Fumagalli, «Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom», pág. 146).

[91] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 7, párrs. 23 a 25 («La Comisión ha utilizado diverso material para evaluar la práctica de los Estados a los efectos de determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario»).

[92] Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 24; el autor añade que «el valor de estas fuentes varía y dependerá de las circunstancias». Es posible encontrar otras listas, por ejemplo en Ferrari Bravo, «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», págs. 257 a 287; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 17; Pellet, «Article 38», págs. 815 y 816. Irlanda ha publicado una lista similar en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores (www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/): «En ausencia de un tratado que regule las relaciones entre dos o más Estados sobre una cuestión particular, lo importante es la prueba de la existencia de un consenso entre los Estados en cuanto a cuál debería ser el derecho aplicable o, en otras palabras, una práctica de los Estados combinada con el reconocimiento de que cierta práctica es obligatoria. Si está suficientemente difundida y es coherente, entonces dicha práctica y consenso pueden constituir derecho internacional consuetudinario. Puede encontrarse prueba de la costumbre en las siguientes fuentes: la correspondencia diplomática; las opiniones de los asesores jurídicos; las declaraciones de los gobiernos; las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; los comentarios de los gobiernos sobre los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional; las resoluciones de los tribunales nacionales e internacionales». Véase también Grecia, *Federal Republic of Germany v. Margellos and Others* (Tribunal Supremo Especial), sentencia 6/2002, 17 de septiembre de 2002, ILR, vol. 129, pág. 528, párr. 9; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 15 («En lo que respecta a estas formas y medios para demostrar si ya existe una costumbre, no puede elaborarse una lista completa de orientaciones»).

[93] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 31.

[94] El magistrado Read se refirió a la «afirmación efectiva de soberanía» en su opinión disidente en *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 191. Véase también la nota 82 *supra*.

[95] *Corfu Channel*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 99 (opinión disidente del magistrado Azevedo).

[96] *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 40 y 41.

[97] *Asylum* (*Colombia/Peru*), fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 277.

[98] *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 312 (opinión disidente del magistrado Schwebel).

[99] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 104 y 107 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[100] Véase, por ejemplo, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (*Costa Rica v. Nicaragua*), fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 280. (opinión separada del magistrado Sepúlveda-Amor).

los gobiernos[101], proclamas[102], discursos formulados ante el parlamento[103], posiciones expresadas por los Estados ante cortes y tribunales nacionales o internacionales (incluidos los informes *amicus curiae* de los Estados)[104], y las declaraciones formuladas en el plano internacional[105];

c) *Actos y correspondencia diplomáticos*[106], como protestas contra la práctica de otros Estados y sujetos de derecho internacional. La correspondencia diplomática puede asumir distintas formas, a saber, notas verbales, circulares, notas a terceros e incluso documentos oficiosos (*non-papers*);

d) *Actos legislativos*. De las constituciones a los proyectos de ley[107], «la legislación es un aspecto importante de la práctica de los Estados»[108]. Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1926, «[d]esde el punto de vista del derecho internacional, y en la opinión de la Corte que es su órgano, las normas jurídicas nacionales son meros hechos que expresan la voluntad de los Estados y que constituyen su actividad, como ocurre con las decisiones o medidas administrativas»[109]. Cabe recordar la opinión expresada por la Comisión en este contexto en 1950, según la cual

> [e]l término legislación se emplea aquí en un sentido general: en él se incluyen las constituciones de los Estados, las disposiciones de sus órganos legislativos y los reglamentos y decretos promulgados por las autoridades ejecutivas y administrativas. No se excluye forma alguna de disposición reglamentaria dictada por una autoridad pública[110].

e) *Sentencias de tribunales nacionales*. Las resoluciones y opiniones de los tribunales nacionales pueden ser útiles como práctica del Estado[111], y «tienen valor como prueba de la práctica de ese Estado, aunque no sirvan, por lo demás, como prueba del derecho internacional

---

[101] Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 295 (opinión separada del magistrado Ranjeva); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 104 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), competencia, fallo, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 43 (opinión disidente del magistrado Padilla Nervo); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 84 (opinión separada del magistrado De Castro).

[102] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 104, 105, 107 y 126 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 84 (opinión separada del magistrado De Castro).

[103] Véase, por ejemplo, *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 197 (opinión separada del magistrado Jessup).

[104] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 123, párr. 55. Véase también Brownlie, «Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», pág. 315 («parece obvio que las declaraciones formuladas por los agentes y letrados que actúan ante los tribunales internacionales constituyen práctica de los Estados»).

[105] Véase, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 312 (opinión disidente del magistrado Schwebel).

[106] Véase, por ejemplo, *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 197 (opinión separada del magistrado Jessup) y págs. 298 y 299 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[107] Véase, por ejemplo, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 24; *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 123, párr. 55; *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 220 (opinión disidente de los magistrados Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Benegal Rau); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 105, 107 y 129 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun, donde señala, entre otras cosas, que «[e]l proyecto de ley [presentado ante la Cámara de Representantes de Bélgica] expresa el punto de vista oficial del Gobierno y constituye uno de esos actos del ordenamiento jurídico interno que puede considerarse entre los precedentes que deben tenerse en cuenta, cuando resulte apropiado, para reconocer la existencia de costumbre») y pág. 228 (opinión disidente del magistrado Lachs); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), competencia, fallo, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 44 (opinión disidente del magistrado Padilla Nervo), y *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 51 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) y pág. 84 (opinión separada del magistrado De Castro); Tribunal Especial para el Líbano, causa STL-11-01/I, decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, asociación ilícita, homicidio, autoría, acumulación de cargos (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párrs. 87 y 91 a 98; *Prosecutor v. Norman*, causa SCSL-2004-14-AR72 (E), decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 31 de mayo de 2004, pág. 13, párr. 18; Brasil, *Genny de Oliviera v. Embaixada da República Democratica Alemana* (Supremo Tribunal Federal), apelación civil 9.6963/SP, 31 de mayo de 1989, págs. 4 y 5; *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC*, Tribunal Superior de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, apelaciones definitivas núms. 5, 6 y 7 de 2010 (civil), 8 de junio de 2011, párr. 68 («Como sea, una norma de derecho interno en cualquier jurisdicción puede ser la consecuencia de una norma de derecho internacional consuetudinario o preceder a la costumbre y contribuir a su cristalización en una norma de derecho internacional consuetudinario») (ILR, vol. 147, pág. 402). En cuanto a las disposiciones constitucionales en particular como práctica de los Estados (y prueba de la *opinio juris*), véase Crootof, «Constitutional convergence and customary international law», págs. 195 a 203.

[108] *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 310, párr. 3 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Gaja). El magistrado Gaja agregó que «también es significativo cuando una norma de derecho internacional tiene por objeto la conducta de las autoridades judiciales, como ocurre con el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales».

[109] *Case concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia*, fondo, fallo núm. 7, *1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, pág. 19.

[110] *Yearbook… 1950*, vol. II, pág. 370, párr. 60.

[111] Véase, por ejemplo, *S.S.* «Lotus» (*France/Turkey*), fallo núm. 9, *1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, págs. 28 y 29; *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 24; *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 123, párr. 55; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 292 (opinión separada del magistrado Guillaume); *Barcelona Traction*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1964*, pág. 63 (opinión separada del vicepresidente Wellington Koo); *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 88 (opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal); *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 15 de julio de 1999, párrs. 255 a 270; Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, causa 001/18-07-2007-ECCC/SC (Sala de la Corte Suprema), 3 de febrero de 2012, párrs. 223 y 224; *Prosecutor v. Šainović and Others*, causa IT-05-87-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 23 de enero de 2014, párrs. 1627 a 1642; *Prosecutor v. Furundžija*, causa IT-95-17/1-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 21 de julio de 2000, declaración del magistrado Robinson, párr. 281; Eslovenia, causa Up-13/99 (Tribunal Constitucional), resolución de 8 de marzo de 2001, párr. 14; Austria, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* (Tribunal Supremo), sentencia de 10 de mayo de 1950, ILR, vol. 17, págs. 157 a 161. Véase también Lauterpacht, «Decisions of municipal courts as a source of international law», págs. 65 a 95; Moremen, «National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?», págs. 265 a 290; Roberts, «Comparative international law: the role of national courts in creating and enforcing international law», pág. 62; y la conferencia pronunciada por el magistrado Greenwood ante el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, titulada «The contribution of national courts to the development of international law» (4 de febrero de 2014), que puede consultarse en www.biicl.org/newsitems/6044/summary-and-video-of-biicl-annual-grotius-lecture-2014.

consuetudinario» en sí[112]. Sin embargo, cuando se evalúan las resoluciones de los tribunales nacionales, debe tenerse en cuenta la posición que ocupa el derecho internacional consuetudinario en el derecho que deben aplicar las distintas cortes y tribunales, y las disposiciones y procedimientos especiales que pueden existir en los distintos niveles en el plano nacional para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario[113]. Además, «el valor de esas decisiones varía considerablemente y las decisiones que se adopten en un caso en particular pueden reflejar una visión local y limitada o estar basadas en el uso inadecuado de las fuentes»[114]. Obviamente las sentencias de los tribunales de mayor jerarquía tienen más peso y no es probable que las causas que no han prosperado respecto de una cuestión en particular sigan considerándose práctica;

f) *Publicaciones oficiales en esferas del derecho internacional*. Entre esas publicaciones figuran manuales militares o instrucciones a diplomáticos[115];

g) *Memorandos internos de los funcionarios del Estado*. Sin embargo, esos memorandos a menudo no se hacen públicos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, como se dijo en un contexto diferente aunque análogo, «no representan necesariamente la opinión ni la política de ningún gobierno, y es posible que constituyan simplemente la opinión personal que un funcionario sintió que debía transmitir a otro funcionario en particular en ese momento; no siempre es fácil desentrañar los elementos de la personalidad de lo que eran, después de todo, memorandos internos, privados y confidenciales en el momento en que fueron formulados»[116];

h) *Práctica relativa a los tratados*. Negociar y concertar tratados bilaterales o multilaterales, hacerse parte en ellos, ratificarlos y aplicarlos (además de formular objeciones y reservas a ellos) son otras formas de práctica[117]. Dicha práctica no se refiere al derecho de los tratados solamente; puede referirse también a las obligaciones asumidas mediante ese instrumento jurídico internacional[118];

i) *Resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas y las conferencias internacionales*[119]. Se

[112] *Yearbook… 1950*, vol. II, pág. 370, párr. 54. Véase, en este sentido, Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, donde se señala que algunas de las resoluciones judiciales de los tribunales nacionales «proporcionan pruebas indirectas de la práctica del Estado del foro sobre la cuestión de que se trate» (pág. 41).

[113] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párr. 84. Véase también Moremen, «National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?», págs. 290 a 308.

[114] Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 41.

[115] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Galić*, causa IT-98-29-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 30 de noviembre de 2006, párr. 89; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa IT-96-21-T, fallo (Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 16 de noviembre de 1998, párr. 341.

[116] *Red Sea Islands* (*Eritrea/Yemen*), laudo arbitral de 9 de octubre de 1998 (UNRIAA, vol. XXII, parte III (núm. de venta: E/F.00.V.7), págs. 235 y 236, párr. 94; véase también Brownlie, «Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», págs. 316 y 317.

[117] Véase, por ejemplo, *Nottebohm* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 22 y 23; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 24 y 25; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 104 y 105, 126 y 128 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 347 (opinión disidente del magistrado Riphagen); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 26; *Continental Shelf* (*Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya*), fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 79; *Continental Shelf* (*Libyan Arab Jamahiriya/Malta*), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 38 y 48; *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 138, párr. 89, y 143, párr. 100; *Interpretation of Peace Treaties* (segunda fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 241 y 242 (opinión disidente del magistrado Read); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 292 (opinión separada del magistrado Guillaume) y págs. 312 y 314 (opinión disidente del magistrado Schwebel); *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 163 y 164 (opinión disidente del magistrado McNair); *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 220 (opinión disidente de los magistrados Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Benegal Rau); *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 41, 42, 55 y 56 (opinión separada del magistrado Wellington Koo) y pág. 104 (opinión disidente del magistrado Spender); *Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 223 (opinión disidente del magistrado Urrutia Holguín); *Prosecutor v. Norman*, causa SCSL-2004-14-AR72(E), decisión sobre la moción preliminar fundada en la falta de jurisdicción (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 31 de mayo de 2004, párrs. 18 a 21; Tribunal Especial para el Líbano, causa N.° STL-11-01/I, decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, asociación ilícita, homicidio, autoría, acumulación de cargos (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párrs. 87 a 89; Estados Unidos, *The Paquete Habana* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1900), *United States Reports*, vol. 175, págs. 686 a 700. Véase también Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 6 («los tratados son simplemente una forma más de la práctica de los Estados»); Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/22/44), párr. 43.

[118] Véase también D'Amato, «Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd», pág. 462 («Lo que hace que el contenido de un tratado sea considerado un elemento de la costumbre es que las partes en el tratado han asumido un compromiso vinculante para actuar conforme a sus términos. Con independencia de si posteriormente actúan o no con arreglo a él, lo cierto es que se han comprometido a hacerlo. Ese compromiso en sí mismo es entonces el componente de la costumbre que constituya la "práctica del Estado"»); Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», págs. 2 y 3 («Los textos expresan con más precisión que las acciones el contenido de la práctica, en particular cuando esos textos han sido cuidadosamente escritos por grupos de expertos técnicos y jurídicos»). Véase, sin embargo, Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», pág. 33 («Un tratado en sí mismo no constituye, por lo tanto, un elemento de la práctica [por supuesto, con la excepción del derecho consuetudinario de los tratados]. Sin embargo, puede contribuir al elemento de su aceptación como derecho por las partes»).

[119] Véase, por ejemplo, *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 26; *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 302 y 303 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun) («Agregaría, además, que las posiciones adoptadas por los delegados de los Estados en las organizaciones y conferencias internacionales, y en particular en las Naciones Unidas, forman naturalmente parte de la práctica de los Estados […] no puede negarse, en lo que respecta a las resoluciones que derivan de ellas, o con más razón aún, en lo que respecta a los votos expresados en ellas en nombre de los Estados, que esas posiciones constituyen precedentes que contribuyen a la formación de la costumbre»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 312 (opinión disidente del magistrado Schwebel, quien incluye las «medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas» en la «práctica de los Estados»); *East Timor* (*Portugal v. Australia*), fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 188 (opinión disidente del magistrado Weeramantry) («Las distintas resoluciones de la Asamblea General relacionadas con este derecho en términos generales, que han ayudado a forjar el derecho internacional público […] constituyen en este sentido una fuente material de derecho internacional consuetudinario»). En la resolución 2125 (2013) del Consejo de Seguridad se reconoce implícitamente ese eventual papel de las resoluciones y se recalca

trata principalmente de la práctica de los Estados en relación con las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales o que han sido adoptadas en conferencias internacionales, en particular votando a favor o en contra (o absteniéndose), y las explicaciones (de existir) vinculadas a esos actos[120]. Asimismo, es necesario tener en cuenta que «el texto definitivo de la decisión de una organización internacional nunca podrá reflejar todas las proposiciones y alternativas formuladas por todas y cada una de las partes en las negociaciones. […] Por lo tanto, no se debería depender demasiado de los atajos que proporcionan los procesos de toma de decisiones de las organizaciones internacionales a los efectos de determinar la práctica de los Estados»[121] (esta cuestión se abordará más exhaustivamente en el tercer informe).

42. *La inacción como práctica*. El abstenerse de actuar, algo que también se conoce como «práctica negativa de los Estados»[122], también puede considerarse práctica[123].

que «la presente resolución no se considerará precedente del derecho internacional consuetudinario» (párr. 13).

[120] Véase también Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, pág. 2 («Las Naciones Unidas constituyen un órgano muy apropiado donde buscar indicios de acontecimientos que se produzcan en el derecho internacional, dado que la costumbre internacional debe deducirse de la práctica de los Estados, lo que incluye sus gestiones internacionales tal como se manifiestan mediante sus acciones diplomáticas y pronunciamientos públicos. Con el desarrollo de las organizaciones internacionales, los votos y opiniones de los Estados han pasado a tener importancia jurídica como prueba del derecho consuetudinario. Más aún, la práctica de los Estados incluye los actos colectivos de estos así como el total de sus actos individuales […]. La existencia de las Naciones Unidas […] es ahora un punto de referencia muy claro y concentrado de práctica de los Estados»); Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, págs. 35, 42 y 43 («Las resoluciones de las organizaciones internacionales también son pertinentes para determinar la existencia de la costumbre en cuanto *actos de Estados*, por ejemplo, como añadidos a las manifestaciones de voluntad de los Estados que han votado en favor de las resoluciones […] las organizaciones internacionales están dotadas de algunos elementos de la personalidad internacional. Sin embargo, con respecto a la formación del derecho consuetudinario, las resoluciones de las organizaciones deben considerarse una medida colectiva de todos los Estados que votaron a favor de su aprobación, más que un acto de las propias organizaciones. Esto explica por qué esas resoluciones contribuyen a la elaboración de la costumbre solo si se las adopta unánimemente, por consenso, o si por lo menos las apoya una amplia mayoría»); Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, págs. 19 y 20 («El proceso consistente en sintetizar la práctica de los Estados se apoya en varios mecanismos. En primer lugar, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando se refieren a cuestiones jurídicas, constituyen prueba de la práctica de los Estados. Lo mismo puede decirse de las resoluciones de las conferencias de los jefes de Estado»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), , pág. 19 («en el contexto de la formación del derecho internacional consuetudinario […] resulta más pertinente considerar que [la resolución del órgano de una organización internacional, en que figuran afirmaciones relativas al derecho internacional consuetudinario] constituye una serie de actos verbales realizados por cada Estado miembro que participa en ese órgano»). Véase, sin embargo, MacGibbon, «General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», pág. 19 («si bien las resoluciones de la Asamblea General (aunque es difícil considerar que constituyan, en sí mismas, práctica de los Estados en un sentido relevante) reflejan varias formas de la conducta de los Estados en la Asamblea General, o más bien son consecuencia de ellas, y por lo tanto reflejan la existencia de una especie de práctica de los Estados, son, sin embargo, un tipo de práctica periférica y —en el contexto del desarrollo de la costumbre internacional— un tanto artificial»); Meijers, «On international customary law in the Netherlands», pág. 84 («Un Estado, cuando vota sobre la aprobación de una resolución, por ejemplo en la Asamblea General de las Naciones Unidas, ¿actúa como Estado o como parte de un órgano de las Naciones Unidas, un sujeto separado de derecho internacional? La respuesta parece evidente: como parte del órgano de las Naciones Unidas […] [solo cuando] manifiesta las razones por las que votó como lo hizo, o da su punto de vista sobre la resolución, es posible reconocer el acto de un Estado»).

[121] Wouters y De Man, «International organizations as law-makers», pág. 208. Véase también Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, págs. 23 y 24 («Las resoluciones no son más que una manifestación de la práctica de los Estados. Sin embargo, en los años recientes ha habido un interés obsesivo con las *resoluciones* como fenómeno aislado. Desde el punto de vista intelectual, es difícil de entender o justificar. Solo podemos suponer que es más fácil —es decir, que requiere menos esfuerzo, menos rigor, un análisis menos meticuloso— comentar el efecto jurídico de una resolución que examinar la práctica colectiva sobre cierta cuestión en todas sus manifestaciones complejas. Los órganos políticos de las organizaciones internacionales participan en debates, en la discusión pública de las opiniones manifestadas y las posiciones adoptadas, en la expresión de reservas respecto de las opiniones de otros, en la preparación de proyectos de tratados o declaraciones, o resoluciones vinculantes, o códigos, y en el proceso de toma de decisiones que podría implicar o no una opinión jurídica sobre una cuestión en particular. Pero la costumbre actual es a menudo examinar la resolución, dejando de lado todo lo demás»).

[122] Véase, por ejemplo, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 144 y 145 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 210.

[123] Véase, por ejemplo, *S.S.* «Lotus», *1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, pág. 28; *Nottebohm* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 99 (la abstención de la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado como práctica); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 253, párr. 65 (en que la Corte se refiere a quienes proponían una prohibición que intentaban basar en «una práctica uniforme de no utilización de armas nucleares por parte de los Estados»); *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 135, párr. 77 («La casi completa ausencia de jurisprudencia en sentido contrario también es significativa, como lo es la ausencia de declaración por parte de los Estados»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (*South West Africa*) *notwithstanding Security Council Resolution 276* (*1970*), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 134 (opinión separada del magistrado Petrén, en relación con la práctica del no reconocimiento cuando dice que el término «no implica actos positivos sino la abstención de actos que signifiquen reconocimiento»); *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 221 (opinión disidente de los magistrados Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Benegal Rau); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 198 y 199 (opinión separada del magistrado Jessup, en que se hace referencia al hecho de que el Departamento de Estado de los Estados Unidos se negara a representar a una compañía estadounidense, y al hecho de que los Estados Unidos no plantearan ciertos argumentos como fundamento para defenderse de una reclamación en una controversia entre Estados). Para opiniones en apoyo de esta posición en la doctrina, véase, por ejemplo, la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 15; Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», pág. 421 («La práctica de los Estados puede consistir en adoptar medidas definitivas en ciertas circunstancias o, por el contrario, en abstenerse de actuar»); Séfériadès, «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», pág. 143 («incluso actos negativos —omisiones—, repetidos consecutivamente, pueden terminar convirtiéndose en costumbres y traer aparejada la obligación jurídica de no actuar. […] Del mismo modo, en el derecho de gentes no se podría, en nuestra opinión, no reconocer un origen consuetudinario a la obligación de los Estados de abstenerse de realizar contra los representantes de los países extranjeros actos que pudieran afectar su libertad personal o la inviolabilidad de sus locales, ni a la obligación de los ejércitos de ocupación de respetar, sobre el terreno, la propiedad privada enemiga»); Meijers, «How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules», págs. 4 y 5 («las personas pasivas se dejan llevar por las activas […]

(*Continuación en la página siguiente.*)

Es posible que la inacción de los Estados sea central en el desarrollo y la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, en particular cuando constituye una forma de aceptación (o se la percibe como tal)[124]. Nos proponemos examinar esta cuestión en mayor profundidad en el tercer informe, en que tendremos en cuenta los debates que se celebren en la Comisión en 2014.

43. *La práctica de las organizaciones internacionales* (*intergubernamentales*). Se trata de una esfera importante que se tratará en más detalle en el tercer informe[125]. Teniendo en cuenta que «en cualquier sistema jurídico los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos en lo que respecta a su naturaleza o la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad»[126], los actos de las organizaciones internacionales a las que los Estados han conferido facultades también pueden contribuir a la formación de una práctica general o ser prueba de que esa práctica se ha formado en las esferas en que funcionan esas organizaciones[127]. Al evaluar la práctica de esas organizaciones se debería distinguir entre, por un lado, la práctica relativa a los asuntos internos de la organización y, por otro, la práctica de la propia organización, por ejemplo en sus relaciones con los Estados y las organizaciones internacionales[128]. Es esta última práctica la que resulta pertinente a los fines actuales, y que consiste principalmente en «actividades operacionales», que un autor definió como «la labor programática de las organizaciones internacionales realizada como parte de su misión general o en cumplimiento de un mandato específico»[129]. En este contexto, debería trazarse otra importante distinción entre la práctica de los órganos u otros organismos integrados por representantes de los Estados y la de los órganos integrados por individuos que actúan a título personal, dado que no puede decirse que estos últimos representen a los Estados[130]. Por otra parte, «[s]ería útil, cuando se haga referencia a las aportaciones de organizaciones internacionales, distinguir claramente entre las de sus secretarías y las de sus órganos intergubernamentales, a fin de velar por que se atribuya una mayor importancia relativa a estas últimas, cuyos autores también son los principales autores de la práctica estatal»[131]. Si bien se ha sugerido que «las organizaciones internacionales proporcionan atajos para determinar la existencia de la costumbre»[132], es necesario ejercer mucha cautela al evaluar su práctica[133]. Es posible que las consideraciones que se aplican a la práctica de los Estados también resulten aplicables a la práctica de las organizaciones internacionales y el presente informe debería interpretarse en ese sentido.

(*Continuación de la nota 123.*)

la falta de protesta —la falta de objeción abierta a la elaboración de la nueva norma— es suficiente para la formación de una norma de derecho consuetudinario (y la obligación de cumplirla)»); Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 666; Mendelson, «The subjective element in customary international law», pág. 199 («es perfectamente posible que las omisiones, si no son ambiguas, constituyan actos de la práctica de los Estados»).

[124] Véase también Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 136 («No es exagerado decir que la costumbre es principalmente silencio y falta de acción, no acción»); Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 7 («si no es necesario que la mayoría de los Estados lleve a cabo actos positivos, se debe poder inferir al menos que la gran mayoría de Estados la ha aceptado»). Danilenko distingue entre «práctica consuetudinaria activa y pasiva» y sugiere que esta última «aumenta el valor de precedente de la práctica activa y se convierte entonces en un factor principal en el proceso de creación de normas consuetudinarias generalmente aceptadas» («The Theory of International Customary Law», pág. 28).

[125] Una obra pionera en este campo es Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales.*

[126] *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 178.

[127] Véase, por ejemplo, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 25; *Gabčikovo-Nagymaros Project*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 95 (opinión separada del magistrado Weeramantry, quien se refiere a «la práctica de las instituciones financieras internacionales»). Véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 13, párr. 29 («En determinadas circunstancias, la Comisión se ha basado en la práctica de las organizaciones internacionales para determinar que existía una norma de derecho internacional consuetudinario, remitiéndose a diversos aspectos de la práctica de esas organizaciones, como sus relaciones externas, el ejercicio de sus funciones y las posiciones adoptadas por sus órganos con respecto a situaciones concretas o cuestiones generales de las relaciones internacionales»); Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 31 («la concentración de la práctica de los Estados que ahora se desarrolla y se ve en las organizaciones internacionales y en las decisiones colectivas y las actividades de las organizaciones en sí mismas puede constituir una prueba valiosa de las prácticas generales aceptadas como derecho en las esferas en que realizan sus actividades esas organizaciones»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 19 («La práctica de las propias organizaciones intergubernamentales es una forma de "práctica de los Estados"»). Véase, sin embargo, Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 16 y 17. En un sentido más general, véase sobre este tema Klabbers, «International organizations in the formation of customary international law» (donde también se planteó la cuestión de si la práctica *ultra vires* de esas organizaciones podía contar como «práctica»); Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law». Por supuesto, las organizaciones internacionales varían enormemente entre sí, y es necesario tener esto en cuenta cuando se evalúa la importancia de su práctica (véase también el comentario 8 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88).

[128] Por ejemplo, la administración del territorio o las operaciones de mantenimiento de la paz. En efecto, dicha práctica ya no se considera confinada a «las relaciones de los Estados con las organizaciones» (*Yearbook… 1950*, vol. II, pág. 372, párr. 78).

[129] Johnstone, «Law-making through the operational activities of international organizations», pág. 94 (donde se discuten esas actividades, sin embargo, en un contexto algo distinto; y donde se añade que esas actividades «se distinguen de las funciones normativas más explícitas de las organizaciones internacionales, como la formulación de tratados o la adopción de resoluciones, declaraciones y regulaciones de órganos intergubernamentales»).

[130] Por lo tanto, la labor de la Comisión, a menudo utilizada como medio subsidiario para determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario, «no puede equipararse con la práctica de un Estado, ni con la prueba de una *opinio juris*» (Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», págs. 59 y 60).

[131] Como sugirió el Sr. Tladi en su intervención durante el debate en 2013 en la Comisión (*Anuario… 2013*, vol. I, 3182.ª sesión).

[132] Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, pág. 592 (en que se explica que «[e]l recurso reciente a las formas de prueba de la costumbre generadas en las organizaciones internacionales puede considerarse […] un enfoque relativamente más igualitario para encontrar esta fuente de derecho, incluso si ello ocurre, como los críticos señalan que sucede con respecto a las resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo, a expensas de elevar a veces la retórica de los Estados por sobre sus hechos»).

[133] Véase también Wouters y De Man, «International Organizations as Law-Makers», pág. 208 («Debería tenerse cuidado de no equiparar la práctica de las organizaciones internacionales con la práctica de los Estados. Que los actos de las organizaciones internacionales puedan atribuirse a la comunidad de Estados en su conjunto constituye una cuestión compleja y la respuesta depende de […] distintos factores»).

44. La práctica de esas organizaciones internacionales (como la UE) a las que los Estados miembros a veces han transferido competencias exclusivas, puede equipararse a la de los Estados, dado que en ciertas esferas esas organizaciones actúan en lugar de los Estados miembros[134], lo que se aplica a los actos de esas organizaciones, con independencia de su forma y sin importar si se trata de la esfera ejecutiva, legislativa o judicial. Si no se equiparara la práctica de esas organizaciones internacionales a la de los Estados, ello significaría en realidad no solo que la práctica de la organización no contaría como práctica de los Estados, sino que sus Estados miembros se verían privados de su capacidad de contribuir a esa práctica, o que la capacidad de los Estados para hacerlo quedaría reducida cuando los Estados miembros hubieran conferido algunas de sus facultades a la organización.

45. *El papel de otros agentes no estatales*. A veces se ha sugerido que debería reconocerse que la conducta de otros «agentes no estatales», como las organizaciones no gubernamentales e incluso las personas físicas, es conducta que contribuye al desarrollo del derecho internacional consuetudinario[135]. Algunos han recordado al respecto que «el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que no es necesario que la costumbre sea seguida o reconocida "por los Estados" solamente, como sí lo exige esa misma disposición cuando se refiere a las convenciones. De modo que, en principio, es posible que surjan prácticas de los agentes estatales y no estatales»[136]. Sin embargo, la mejor posición es que, si bien las personas físicas y las organizaciones no gubernamentales pueden efectivamente «desempeñar papeles importantes en la promoción del derecho internacional y su observancia»[137] (por ejemplo, alentando la práctica de los Estados al plantear demandas basadas en el derecho internacional ante los tribunales nacionales o al contribuir a la evaluación de esa práctica), sus acciones no constituyen «práctica» a los fines de la formación o determinación de la existencia de derecho internacional consuetudinario[138].

[134] Véase también la declaración de la UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 37 («La Unión actúa en el plano internacional sobre la base de competencias que le otorgan sus tratados constitutivos. Junto a los Estados, es parte contratante en un número considerable de acuerdos internacionales. Además, tiene competencias exclusivas en varios ámbitos abarcados por el derecho internacional. Esas características especiales le otorgan un papel particular en la formación del derecho internacional consuetudinario, a la cual puede contribuir directamente con sus acciones y prácticas»). Véase también Hoffmeister «The contribution of EU practice to international law»; Wood y Sender, «State practice», pág. 512, párrs. 20 y 21; Paasivirta y Kuijper, «Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations», págs. 204 a 212. La Sra. Jacobsson ha sugerido que nadie puede pasar por alto la práctica de una organización internacional si dicha organización es competente para aprobar legislación en relación con una cuestión en particular. No puede considerarse que esa práctica es solamente la opinión de la organización acerca del derecho internacional consuetudinario. Debe equipararse además a la práctica de los Estados (*Anuario… 2013*, vol. I, 3184.ª sesión). Véase, sin embargo, Vanhamme, «Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution», pág. 131 («Los actos de la Comunidad Europea constituyen la práctica de la Unión Europea. Describirlos como práctica de los Estados [es decir, atribuirlos a los Estados miembros] significaría negar una de las características principales de la Comunidad Europea, es decir, su funcionamiento autónomo sobre la base de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales que le fueron delegados por los Estados miembros. Además, la práctica jurídica internacional de la Comunidad Europea representa fielmente la *opinio juris* de los 27 Estados miembros [quienes asumieron el compromiso permanente de aceptar sus decisiones como derecho vinculante]»).

[135] Para una visión dinámica de la «participación» en la elaboración de normas internacionales o el llamamiento para que esos procesos sean «inclusivos», véase por ejemplo *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 155 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert) («la opinión de la *sociedad civil* […] no puede descartarse totalmente hoy en lo que respecta a la formación del derecho internacional consuetudinario»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (*South West Africa*) *notwithstanding Security Council Resolution 276* (*1970*), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 69, 70 y 74 (opinión disidente del vicepresidente Foaud Ammoun) («el principal factor en la formación de la norma consuetudinaria por la que se reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación [puede ser] la lucha de los pueblos [por esa causa], antes de que estos [ahora miembros de la comunidad internacional] fueran reconocidos como Estados […]. Si existe alguna "práctica general" que pudiera considerarse, sin lugar a dudas, constituyente de derecho en el sentido del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de la Corte, seguramente será la que se compone de las acciones conscientes de los propios pueblos que participan en una lucha determinada»); *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 100 (opinión separada del vicepresidente Fouad Ammoun); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, pág. 344 («el énfasis en los "Estados" no es realista […] los patrones pertinentes de conducta se extienden […] también a los de las personas físicas y los representantes de las organizaciones no gubernamentales»); Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», pág. 108, nota 17 (en que se hace referencia a la conducta de los Estados y de las «organizaciones internacionales, las sociedades transnacionales y otros grupos no gubernamentales»); Gunning, «Modernizing customary international law: the challenge of human rights», págs. 212 y 213 («En particular, al cuestionar la integralidad de las formulaciones tradicionales de la soberanía nacional, este artículo explorará la posibilidad de permitir que los grupos transnacionales y no gubernamentales puedan manifestar sus opiniones jurídicas en la creación de la costumbre»); Steer, «Non-State actors in international criminal law» (donde se sostiene que los agentes no estatales de derecho internacional como las organizaciones no gubernamentales, los jueces y los abogados son quienes determinan el contenido normativo); Paust, «Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion»; Roberts y Sivakumaran, «Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law»; y Reisman, «The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application».

[136] Bohoslavsky, Li y Sudreau, «Emerging customary international law in sovereign debt governance?», pág. 63. La propuesta original de Descamps respecto de las normas que debía aplicar la Corte Permanente de Justicia Internacional hacía referencia a la costumbre como «práctica entre naciones aceptada por ellas como derecho» (véase Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 3).

[137] Buergenthal y Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, pág. 75.

[138] Compárese con la conclusión 5, párr. 2, del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre los arreglos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38): «Ningún otro comportamiento, incluido el de los actores no estatales, constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado». Véanse también las declaraciones de Israel y la República Islámica del Irán en los debates de 2013 de la Sexta Comisión (Israel, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.19) y 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), y República Islámica del Irán, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.19), 22.ª sesión (A/C.6/68/SR.22) y 26.ª sesión (A/C.6/68/SR.26); Arend, *Legal Rules and International Society*, pág. 176 («Aunque existen agentes no estatales, que en algunos casos han suscrito acuerdos internacionales, estos no participan en el proceso de formación del derecho internacional general sin mediación. En otras palabras, las interacciones entre los agentes no estatales entre sí y con Estados no generan derecho internacional consuetudinario»); D'Aspremont, «Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», pág. 430; Mendelson,

(*Continuación en la página siguiente.*)

46. Si bien las resoluciones de las cortes y los tribunales internacionales no constituyen «práctica» en lo que respecta a la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su formulación[139], esas decisiones cumplen una función importante como «medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho»[140]. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en particular pueden tener mucho peso[141].

47. *Práctica confidencial*. Gran parte de la práctica de los Estados, como por ejemplo los intercambios de información confidenciales entre los gobiernos, no está a disposición del público, al menos durante algún tiempo[142]. Es difícil ver cómo puede contribuir la práctica a la formación o determinación del derecho internacional consuetudinario general a menos que se haya hecho público[143]. Sin embargo, una práctica que fuera conocida por algunos Estados o incluso solo por dos puede contribuir al desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario de índole especial, local o regional (más que general), que solo les fuera oponibles a ellos[144].

48. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 7. Formas de la práctica*

1. La práctica puede asumir una gran variedad de formas e incluye tanto actos físicos como verbales.

2. Las manifestaciones de la práctica incluyen, entre otras cosas, la conducta de los Estados «sobre el terreno», la correspondencia y los actos diplomáticos, la legislación, las sentencias de los tribunales nacionales, las publicaciones oficiales sobre derecho

(*Continuación de la nota 138.*)

«The Formation of Customary International Law», pág. 203 (donde se sugiere que la contribución de los agentes no estatales a la formación del derecho internacional consuetudinario es «en un sentido *más amplio* […] una contribución indirecta»); Dinstein, «The Interaction between Customary Law and Treaties», págs. 267 a 269; Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 16. En cuanto a la sugerencia formulada por algunos autores de que la práctica de los individuos, por ejemplo los pescadores, ha sido reconocida como formadora de derecho internacional consuetudinario (véase, por ejemplo, Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 4), es probablemente más acertado decir que si bien «no puede negarse, por supuesto, que las acciones de los individuos pueden dar lugar a algunos hechos que podrían después pasar a ser el tema de conversaciones entre Estados […] en esas circunstancias las acciones de los individuos no constituyen una práctica que lleve a la formación de derecho: se trata de simples hechos que conducen a la práctica internacional de los Estados» (Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 84). Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 58 («no es importante quién realice la conducta que contribuya a la práctica, sino a quién puede atribuirse la práctica y, sobre todo, quién la ha "aceptado como derecho"»); Santulli, *Introduction au droit international*, págs. 45 y 46 («Para que sea pertinente a los efectos de la elaboración de normas consuetudinarias, el precedente debe poder atribuirse a un Estado o a una organización internacional. En efecto, solo los Estados y las organizaciones internacionales participan del fenómeno consuetudinario. La conducta de los sujetos internos no es menos importante, pero no es pertinente desde el punto de vista jurídico a los fines de apreciar la formación de la costumbre internacional más que a la luz de la reacción que ha suscitado o la tolerancia o la reprobación que se tenga por ella»).

[139] Véase también Mendelson, «The Formation of Customary International Law», pág. 202; véase, sin embargo, *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 315 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun): «el derecho jurisprudencial internacional […] se considera un elemento de [la costumbre]»; Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 83 («Las resoluciones de los tribunales, y en particular los fallos de la Corte Internacional de Justicia, son una parte importante de la práctica de la comunidad»). Compárese con Kopelmanas, «Custom as a means of the creation of international law», pág. 142 («la creación de normas jurídicas mediante la costumbre por intermedio de la acción del juez internacional constituye un hecho positivo incuestionable»); Bernhardt, «Custom and Treaty in the Law of the Sea», pág. 270 («Esta fórmula [la del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, mediante la cual se otorga a las decisiones judiciales la condición de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho] subestima el papel de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales en el proceso de formación de normas. Algunos fallos elaborados, que resultan muy convincentes, a menudo tienen una influencia muy importante en el proceso de formación de normas, incluso si en teoría los tribunales aplican el derecho vigente y no crean derecho nuevo»).

[140] Artículo 38, párr. 1, apdo. *d* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, en que se observa que «[e]n algunas ocasiones, la Comisión se ha apoyado en las decisiones de tribunales internacionales considerando que expresaban con autoridad el estatus de una norma de derecho internacional consuetudinario» (observación 15); que «[a]demás, la Comisión se ha apoyado con frecuencia en decisiones judiciales como un factor que respaldaba la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario» (observación 16, párr. 31); y que «[e]n ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia» (observación 17).

[141] Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs…*, pág. 19 («los fallos de la Corte Internacional y de otros tribunales internacionales tienen peso en el reconocimiento y la autenticación de las normas de derecho internacional consuetudinario»). Para un ejemplo reciente de ello, véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Jones and Others v. the United Kingdom* (demandas núms. 34356/06 y 40528/06), 14 de enero de 2014, párr. 198. Compárese con Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 145 («las sentencias y opiniones de los tribunales internacionales, en particular de la Corte de La Haya, tienen una importancia decisiva como prueba de las normas consuetudinarias. La Corte las ha invocado casi siempre como derecho positivo»).

[142] Esa práctica confidencial debe distinguirse de la práctica a la que sencillamente es difícil acceder. Es posible que en gran medida no se repare en la práctica por múltiples razones. Por ejemplo, es lo que ocurre con la práctica de determinados Estados, que no se publica de modo que sea ampliamente accesible. Hay un problema especial, sobre el que los miembros de la Comisión y los Estados han llamado a la atención, con la práctica que se encuentra sobre todo disponible en idiomas que tienen un número reducido de lectores (que es lo que ocurre, en realidad, con la mayoría de los idiomas).

[143] Véase también Dinstein, «The Interaction between Customary Law and Treaties», pág. 275 («Otra condición para la conducta del Estado —si se quiere que se tenga en cuenta en alguna medida en la evaluación que se haga de la formación de la costumbre— es que debe ser transparente, a fin de permitir a los demás Estados reaccionar a ella de forma positiva o negativa»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 15 («Los actos no cuentan como práctica si no son públicos»). En cuanto a la «función de representación de la doctrina en relación con el secreto de estado», véase, en un sentido más general, Carty, «Doctrine versus State Practice», págs. 979 a 982. Meijers destaca que «[l]os Estados participan en la formación del derecho, al no protestar, es decir, al no reaccionar. Si ello es así, los Estados en cuestión deben tener la oportunidad de reaccionar. De ello se desprenden otros dos requisitos para la formación del derecho: debe ser posible indicar al menos una manifestación expresa de la voluntad de crear derecho, y esa manifestación expresa de voluntad debe ser susceptible de ser conocida por todos los Estados (y se considerará que estos desean participar en la creación de una nueva norma si no protestan)» («How is International Law Made?...», pág. 19). Véase, sin embargo, Bos, «The identification of custom in international law», pág. 30 («incluso si se facilita la obtención de pruebas [de la práctica de los Estados], a veces ello puede ser un problema, dado que no cualquier práctica pasará a formar parte de digestos y colecciones. Por lo tanto, es demasiado pretender que, además de los requisitos [de uniformidad virtual, atribución al Estado y generalidad], la práctica deba ser suficientemente perceptible para los demás Estados para quienes la futura norma consuetudinaria pueda ser vinculante en el futuro»).

[144] La cuestión de la costumbre regional, especial o bilateral se abordará en el tercer informe del Relator Especial.

internacional, las declaraciones formuladas en nombre de los Estados relativas a la labor de codificación, la práctica relacionada con los tratados y los actos relativos a las resoluciones de los órganos de organizaciones y conferencias internacionales.

3. La inacción también puede constituir práctica.

4. Los actos (o la inacción) de organizaciones internacionales también pueden constituir práctica.»

49. *Ausencia de jerarquía predeterminada*. Ninguna manifestación de la práctica es *a priori* más importante que otra; su peso depende de las circunstancias y de la naturaleza de la norma de que se trate[145]. Por ejemplo, si bien se suele decir en el habla común que «una acción vale más que mil palabras», obviamente ello no es lo que ocurre cuando se reconoce que la acción es ilegal[146]. Asimismo, en muchos casos es en definitiva el Poder Ejecutivo quien habla en nombre del Estado en las relaciones internacionales[147].

50. *La práctica del Estado debe «considerarse en su conjunto»*[148], lo que significa, en primer lugar, que debe tenerse en cuenta toda la práctica del Estado en cuestión. En segundo lugar, es posible que distintos órganos del Estado no sostengan lo mismo. Por ejemplo, un tribunal, o el órgano legislativo, puede adoptar una posición contraria a la del Poder Ejecutivo e incluso pueden coexistir distintas posiciones dentro del mismo poder. Ello es especialmente probable en el caso de la práctica de los órganos subestatales (por ejemplo, en un Estado federal); quizás sea necesario examinar cuidadosamente esa práctica, de la misma forma en que se examinarían las resoluciones de tribunales inferiores. Cuando un Estado expresa distintas posiciones, su práctica es ambivalente, y es muy probable que ese conflicto interno quite peso a la práctica de que se trate[149].

51. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 8. Ponderación de la prueba de la práctica*

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

2. Se tendrá en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate. En los casos en que los órganos del Estado no hayan adoptado una posición unánime, se otorgará menos peso a su práctica.»

52. *Generalidad de la práctica*. «Resulta claro de los términos expresos del Artículo 38, párrafo 1, *b*, del Estatuto de la Corte [Internacional de Justicia] que la práctica de la que es posible deducir una costumbre general es la de la generalidad de los Estados y no la de todos ellos»[150]. En efecto, para que surja una norma de derecho internacional consuetudinario de carácter general o para que se pueda determinar su existencia, no es necesario que la práctica sea unánime (universal)[151]; sin embargo, debe ser

[145] Véase también Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, pág. 32 («Esas distintas acciones no se rigen por una jerarquía establecida: los actos de los tribunales nacionales y órganos ejecutivos, de los órganos encargados de llevar adelante las relaciones exteriores, y de los representantes ante organizaciones internacionales se encuentran todos en pie de igualdad. El peso dado a esos actos depende del contenido de la norma internacional consuetudinaria»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 21 («No hay razones que obliguen a asignar más importancia a un tipo de práctica que a otro»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 157 («La ausencia de cualquier indicación apropiada en el Estatuto de la Corte [Internacional], y la libertad de que goza la Corte en cuanto a la elección y evaluación de la prueba del derecho consuetudinario, no permite establecer ninguna jerarquía formal de las pruebas de esa índole»).

[146] Véase, por ejemplo, cómo consideró la Corte Internacional de Justicia el principio de no injerencia en el fallo *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 108 y 109, párr. 207. Véase también Müllerson, «On the Nature and Scope of Customary International Law», pág. 344 («Por supuesto, distintos tipos de práctica de los Estados pueden tener distinto peso en el proceso de formación de la costumbre. En general importa más lo que los Estados hagan que lo que digan, pero, por otro lado, al menos en las relaciones oficiales entre los Estados, decir también es hacer. La práctica "efectiva" puede tener más peso en el proceso de formación de la costumbre, pero la práctica diplomática en general transmite más claramente la posición jurídica internacional de los Estados. A menudo solo algunos Estados participan en la práctica "efectiva", mientras que en el caso de otros Estados la práctica puede ser solo de tipo diplomático o incluso faltar por completo»).

[147] Véase también Roberts, «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», pág. 62 («Cuando surgen incongruencias, la práctica contradictoria debe ponderarse teniendo en cuenta factores como qué poder del Estado tiene autoridad sobre la materia»). Véase, sin embargo, Wuerth, «International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case», pág. 9 («Privilegiar al Poder Ejecutivo sobre otros poderes no es una solución satisfactoria dado que la resolución de un órgano jurisdiccional nacional se atribuye al Estado desde la perspectiva del derecho internacional y a menudo proporciona una prueba más clara de la *opinio juris* que la práctica del Poder Ejecutivo»).

[148] *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 136, párr. 83.

[149] Véase, por ejemplo, Singapur, caso *Yong Vui Kong* (nota 29 *supra*), párr. 96. Para una argumentación distinta, según la cual solo una vez que hayan desaparecido las diferencias entre la práctica que siguen los distintos órganos de un Estado puede la práctica de ese Estado volverse «coherente, y por lo tanto, capaz de contribuir al desarrollo del derecho consuetudinario» («Akehurst, Custom as a Source of International Law», pág. 22).

[150] *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 330 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[151] Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 104 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun) («[Demostrar la existencia del derecho internacional consuetudinario] consiste por lo tanto en investigar si esa práctica es observada, no unánimemente, sino […] por la generalidad de los Estados con plena conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica») y pág. 229 (opinión disidente del magistrado Lachs) («para que sea vinculante, no es necesario que una norma o principio de derecho internacional pase la prueba de la aceptación universal, lo que se refleja en varias declaraciones de la Corte […]. Como señalé antes en otro contexto, no todos los Estados tienen la oportunidad o posibilidad de aplicar una norma determinada. Deberían buscarse pruebas en la conducta de un gran número de Estados, posiblemente en la mayoría de ellos, o en todo caso en la gran mayoría de los Estados interesados»); *Nuclear Tests* (*Australia* v. *France*) fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 435 (opinión disidente del magistrado Barwick) («El derecho consuetudinario de las naciones no requiere, en mi opinión, aceptación universal»); *Gabčikovo-Nagymaros Project*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 95 (opinión separada del magistrado Weeramantry) («El apoyo general de la comunidad internacional no significa que todos y cada uno de los miembros de la comunidad de las naciones haya dado su apoyo expreso y específico al principio, ni significa que ello sea un requisito para el establecimiento de un principio de derecho internacional consuetudinario»). Para apoyo de la doctrina, véase, por ejemplo, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, pág. 28 («Para que una norma sea considerada costumbre, debe recibir

(*Continuación en la página siguiente.*)

«amplia»[152] o, en otras palabras, suficientemente generalizada[153]. No se trata de una prueba puramente cuantitativa, dado que la participación en la práctica también debe ser ampliamente representativa[154] e incluir a aquellos Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados.

53. El número exacto de Estados necesario para «estimar la práctica sobre la base de un recuento de Estados»[155], a fin de que esa práctica sea reconocida como «general», no puede determinarse en abstracto[156]. Lo realmente importante es que «debe haber aplicado [esa práctica] la abrumadora mayoría de los Estados que hasta entonces hubieran tenido la oportunidad de aplicarla»[157] (incluso, cuando proceda, al abstenerse de actuar), y que «la práctica existente […] esté tan difundida que toda práctica incongruente que subsista sea marginal y no tenga efectos jurídicos directos»[158]. A veces, incluso puede no alcanzar con que un número «respetable» de Estados adhiera a la práctica[159]; sin embargo, es muy posible que solo un número relativamente reducido de Estados la aplique y que la inacción de los demás alcance para crear una norma de derecho internacional consuetudinario[160].

54. *Estados especialmente afectados*. Debe tenerse debidamente en cuenta la práctica de los «Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados»[161], en los

(*Continuación de la nota 151.*)

aceptación "general" o "amplia". No es necesario que exista aceptación universal»); Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 59 («Si hay algo que puede establecerse con certeza es que la unanimidad entre todos los Estados no es un requisito, ni en el sentido de que se debe mostrar que todos los Estados han participado en [la práctica], ni en el sentido de que existen pruebas de que la *opinio juris*, la creencia de que se trata de una costumbre vinculante, deba ser compartida por todos los Estados»).

[152] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 74.

[153] Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 102, párr. 205 (en que se hace referencia a «una práctica de los Estados [uniforme y] difundida»); *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 299, párr. 111 (en que se hace referencia a «una práctica suficientemente amplia y convincente»); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom* v. *Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 45 y 52 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) (donde se hace referencia a que la práctica de los Estados debe ser «suficientemente amplia» y «suficientemente general y uniforme») y pág. 161 (opinión disidente del magistrado Petrén) (en que se señala la necesidad de un número «suficientemente elevado» de Estados); Sudáfrica, *Samuel Kaunda and Others* v. *The President of the Republic of South Africa and Others*, sentencia del Tribunal Constitucional (4 de agosto de 2004), párr. 29 («en la actualidad esta no es la práctica general de los Estados […]. Por lo tanto, debe aceptarse que los demandantes no pueden basar su pretensión en el derecho internacional consuetudinario») (ILM, vol. 44 (2005), pág. 173); Alemania, orden de la Sala Segunda (nota 74 *supra*), párr. 59 («Dicha práctica, sin embargo, no está suficientemente difundida como para ser considerada práctica creadora de derecho internacional consuetudinario»). Efectivamente, la generalidad de la práctica ha sido descrita como «el concepto fundamental de la esencia de una norma consuetudinaria universal» (Barboza, «The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», pág. 7). Véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 3, párrs. 18 y 19 («La Comisión también ha considerado clave la generalidad de la práctica de los Estados a los efectos de la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario»).

[154] Véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 42, párr. 73 («una participación muy amplia y representativa»), y pág. 227 (opinión disidente del magistrado Lachs) («Este cálculo matemático, a pesar de ser importante en sí mismo, debe complementarse, por así decir, con un análisis del espectro de representatividad de los Estados […] dado que en el mundo de hoy debe tenerse en cuenta un factor esencial en la formación de una nueva norma de derecho internacional general: que Estados que tengan distintos sistemas políticos, económicos y jurídicos, Estados de todos los continentes, participen en el proceso»); CIADI, laudo de 11 de octubre de 2002 *Mondev International Ltd* v. *United States of America* («Los tratados de inversión tienen lugar entre el Norte y el Sur, y entre el Este y el Oeste, y entre los Estados en esas esferas *inter se*. Los Estados se han obligado repetidas veces, de forma muy generalizada, a dispensar ese trato a la inversión extranjera. En opinión del Tribunal, ese cuerpo de práctica concordante habrá influido necesariamente en el contenido de las normas que regulan el trato de la inversión extranjera en el derecho internacional actual») (ILM, vol. 42, pág. 107, párr. 117); Alemania, orden de la Sala Segunda (nota 74 *supra*), párr. 50 (donde se hace referencia a la «conducta que continúa en el tiempo y que es tan uniforme como sea posible, y que sucede con una participación amplia y representativa de los Estados y otros sujetos de derecho internacional con autoridad para crear derecho»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 23 («Para que se genere una norma de derecho internacional consuetudinario de índole general, es necesario que la práctica de los Estados sea tan amplia como representativa»); Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 94 («La exigencia de generalidad significa que la práctica consuetudinaria debe tener un carácter amplio y representativo»).

[155] Para tomar las palabras del magistrado Dillard en su opinión separada en *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 56.

[156] Véase también Clapham, *Brierly's Law of Nations…*, págs. 59 y 60 («Esta prueba de que hay un reconocimiento general [entre Estados de que cierta práctica es obligatoria] es necesariamente vaga; pero el derecho consuetudinario, sea nacional o internacional, por naturaleza no es susceptible de ser formulado de modo exacto o definitivo»); Barboza, «The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», pág. 8 («La "generalidad" parece ser una noción más bien flexible»).

[157] Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 666; y véase el párrafo 54 *infra* sobre los «Estados especialmente afectados». Véase también Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pág. 22 («[N]o debemos perder de vista que lo que resulta fundamental es la práctica de la gran mayoría de los Estados, tanto en lo que respecta a la formación de nuevas normas como a su desarrollo y cambio y a su posible desaparición»). El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha sostenido que es suficiente que una norma sea reconocida como vinculante por una abrumadora mayoría de Estados, entre los cuales no debe figurar necesariamente Alemania (véase la orden de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, párr. 33: «Una norma de derecho internacional es "general" en el sentido del artículo 25 de la Ley Fundamental si es reconocida por la gran mayoría de Estados (véase BVerfGE 15, 25 (34)). La naturaleza general de la norma tiene que ver con su aplicación, no con su contenido, y no es necesario que sea reconocida por todos los Estados. Asimismo, no es necesario que la República Federal de Alemania en particular la haya reconocido»).

[158] Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 30.

[159] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 42, párr. 73. Véase también Singapur, *Nguyen Tuong Van* v. *Public Prosecutor* (Tribunal de Apelaciones), ILR, vol. 134, pág. 684, párr. 92.

[160] Véase, por ejemplo, Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 18 («Una práctica que sigue un número muy reducido de Estados puede generar una norma de derecho consuetudinario si no existe una práctica que entre en conflicto con ella»).

[161] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 42, párr. 73 («En cuanto a los demás elementos que en general se estiman necesarios para que pueda considerarse que una norma convencional se ha convertido en una norma de derecho internacional general, es posible que, incluso si no pasa demasiado tiempo, una participación muy variada y representativa en la convención podría ser suficiente en sí misma, siempre que incluya la de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados»), pág. 43, párr. 74 («La práctica de los Estados, en particular la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados»), y págs. 175 y 176 (opinión disidente del magistrado Tanaka) («No puede negarse que la cuestión de la repetición

casos en que pueda determinarse cuáles son. En 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 otros»[162] 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)[163]. Qué Estados se verán «especialmente afectados» dependerá de la norma de que se trate y, efectivamente, «no en cualquier esfera […] puede determinarse con claridad cuáles son los Estados "especialmente afectados"»[164]. En muchos casos, todos los Estados se ven afectados de la misma manera. Es cierto que a menudo algunos Estados se verán «especialmente afectados»[165]; sin embargo, como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad soberana, es solo en esa capacidad que puede evaluarse su práctica y atribuírsele un peso especial[166].

55. *Uniformidad de la práctica*. Para que se establezca la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser uniforme[167].

sea un problema de cantidad […] Quisiera destacar que lo que es importante […] es el sentido que tendría [un número o una cifra] en estas circunstancias particulares. No podemos evaluar la ratificación de la Convención [sobre la Plataforma Continental] de un país con extensas costas marinas, ni la práctica del Estado representada por el hecho de que haya concluido un acuerdo sobre la base del principio de la equidistancia, como si tuvieran la misma importancia que otros actos similares realizados por un país sin litoral que no posee ningún interés especial en la delimitación de la plataforma continental»). Véase también *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 90 (opinión separada del magistrado De Castro) («Para que se genere una nueva norma de derecho internacional, la práctica de los Estados, en particular la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, tiene que haber sido sustancial o prácticamente uniforme») y pág. 161 (opinión separada del magistrado Petrén) («Por lo tanto, falta otro elemento que es necesario para la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario: su aceptación por los Estados cuyos intereses se ven afectados»); Bellinger y Haynes, «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», pág. 445, nota 4; Treves, «Customary International Law», párr. 36 («Si bien, por ejemplo, sería difícil determinar la existencia de una norma de derecho del mar sin una práctica correspondiente de las principales potencias marítimas, o de los principales Estados ribereños, o, según el caso de que se trate, de los principales Estados pesqueros, el silencio de los Estados menos interesados no sería un obstáculo para dicha determinación. Asimismo, las normas sobre relaciones económicas, y las relativas a inversiones extranjeras, exigen la práctica de los principales Estados inversores, así como la de los principales Estados en los que se realizan las inversiones»).

[162] Worster, «The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», pág. 63. Meijers se refiere a «[l]os Estados que participan de modo predominante en determinada actividad» («How is International Law Made?...», pág. 7); Danilenko menciona «un interés especial en los principios y normas de que se trate» (*Law-Making in the International Community*, pág. 95).

[163] Véase, por ejemplo, *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 47 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) («esas reclamaciones han dado lugar en general a protestas u objeciones de varios Estados pesqueros importantes, que pescan lejos de sus costas, y al respecto no puede considerarse que cuenten con "aceptación general"»).

[164] Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 95. Véase también Mendelson, «The Subjective Element in Customary International Law», pág. 186 («la idea de "Estados especialmente afectados" no es muy precisa»); Aznar, «The contiguous zone as an archeological maritime zone», pág. 12. Un ejemplo de ese problema se plantea en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, en que el magistrado Shahabuddeen, en su opinión disidente, sugirió que «[e]n los casos en que lo que se discute es la legalidad del uso de un arma que podría aniquilar a la humanidad y por lo tanto destruir a todos los Estados, la prueba de cuáles son los Estados que se encuentran especialmente afectados no gira en torno a la propiedad del arma, sino a las consecuencias de utilizarla. Desde este punto de vista, todos los Estados se ven igualmente afectados dado que, al igual que las personas que habitan en ellos, todos tienen el mismo derecho a existir» (*I.C.J. Reports 1996*, pág. 414; para el mismo punto de vista véanse también las páginas 535 y 536 (opinión disidente del magistrado Weeramantry)).

[165] De Visscher compara el crecimiento del derecho internacional consuetudinario con la «formación de un camino a través de tierras baldías»: «Entre los caminantes hay algunos que dejan sus huellas marcadas más que otros en razón de su peso, es decir, en razón de su poder en el mundo, o porque sus intereses hacen que transiten con más frecuencia por ese lugar» (*Theory and Reality in Public International Law*, pág. 149).

[166] Véase también la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 26: «No existe una norma que establezca que las principales potencias deban participar en una práctica para que pueda convertirse en una norma de derecho consuetudinario general. Dado el alcance de sus intereses, tanto desde el punto de vista geográfico como *ratione materiae*, a menudo se verán "especialmente afectados" por una práctica y, *en esa medida y solo en esa medida*, su participación es necesaria». Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 278 (declaración del magistrado Shi) («todo énfasis indebido en la práctica de esta "considerable sección" [de "importantes y poderosos miembros de la comunidad internacional [que] desempeñan un papel importante en el escenario de la política internacional"] no solo contradeciría el propio principio de igualdad soberana de los Estados, sino que también haría más difícil dar una visión exacta y adecuada de la existencia de una norma consuetudinaria») y pág. 533 (opinión disidente del magistrado Weeramantry) («Desde el punto de vista de la creación de la costumbre internacional, la práctica y las políticas de 5 de 185 Estados parece constituir una base insuficiente para afirmar que se ha formado una costumbre, con independencia de cuál sea la influencia de esos cinco Estados a nivel mundial»). Véase, sin embargo, la opinión disidente del magistrado Schwebel (ibíd., págs. 312 y 319) («Esta práctica nuclear no es la práctica de un objetor solitario ni secundario. No se trata de la práctica de un gobierno paria que grita su posición en medio de la opinión internacional adversa. Se trata de la práctica de cinco de las principales potencias del mundo, de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que cuentan con el significativo apoyo desde hace más de 50 años de sus aliados y otros Estados que se refugian bajo la protección de sus armas nucleares. Es decir, es la práctica de Estados —y una práctica apoyada por un número grande e influyente de otros Estados— que representan el grueso del poder militar, económico, financiero y tecnológico del mundo y una muy elevada proporción de su población»); *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 306 (opinión separada del magistrado Petrén) («No sería realista no tener en cuenta, a ese respecto, la actitud del Estado con mayor población en todo el mundo»); Buergenthal y Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, pág. 28 («Que no es necesario que [la práctica] sea universal parece claro. Es igualmente incuestionable la conclusión de que, en general, debe tratarse de una práctica aceptada por las principales potencias del mundo y por los Estados directamente afectados por ella»).

[167] Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 276 y 277 («un uso constante y uniforme»); *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 40 («una práctica constante y uniforme»); *Nottebohm* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 30 (opinión disidente del magistrado Klaestad); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 74 (la práctica debe ser «virtualmente uniforme»); *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 90 (opinión separada del magistrado De Castro) («Para que se genere una nueva norma de derecho internacional, la práctica de los Estados, en particular la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, tiene que haber sido sustancial o prácticamente uniforme») y pág. 50 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) («Otro requisito esencial para que la práctica de los Estados sea considerada derecho consuetudinario es que sea común, uniforme y concordante. Por lo tanto, las contradicciones

(*Continuación en la página siguiente.*)

Si bien es natural que las circunstancias específicas de cada acto puedan variar, es necesario que exista un «sentido básico inmutable» común a ellas: es entonces cuando se puede observar una regularidad en la conducta[168]. Por el contrario, cuando la práctica demuestra «que cada caso concreto difiere a fin de cuentas de todos los demás [...], queda excluida la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de las normas y los principios del derecho consuetudinario»[169]. Dicho de otra manera, cuando los hechos revelan

demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias [...] demasiada falta de uniformidad […] y la práctica se ha visto demasiado influida por consideraciones de conveniencia política en los distintos casos, […] no es posible discernir en ellos un uso constante y uniforme, que tenga fuerza de ley, en lo que respecta a la supuesta norma […][170].

56. Para determinar la uniformidad de la práctica, por supuesto es importante tener en cuenta situaciones que son de hecho comparables, en las que se han planteado las mismas cuestiones o cuestiones similares[171]. Y si bien la repetición frecuente de una práctica uniforme le otorgaría naturalmente mayor peso, «la frecuencia de la práctica debe medirse con respecto a la frecuencia con que surgen las circunstancias en que ha de llevarse a cabo la acción que constituye la práctica o en que esta es apropiada»[172].

57. *Una cierta falta de uniformidad no es determinante*. No es imperativo que la práctica sea totalmente uniforme: «no han de tenerse demasiado en cuenta las contradicciones e incoherencias superficiales»[173]. En palabras de la Corte Internacional de Justicia,

(*Continuación de la nota 167.*)

en la práctica de los Estados o su conducta no uniforme, en particular en el caso de los propios Estados que supuestamente están siguiendo o estableciendo la costumbre, serían incompatibles con el surgimiento de una norma de derecho consuetudinario»). Véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 2, párr. 17 («La uniformidad de la práctica de los Estados ha sido considerada clave por la Comisión para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario»). Según un académico, en la práctica los dos requisitos de generalidad y uniformidad «se fusionan en un proceso analítico unitario. Los juristas internacionales no pueden, por ejemplo, analizar si la práctica de un Estado es general sin haber determinado que es uniforme» (Fidler, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», pág. 202).

[168] Barboza, «The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», pág. 7 («La repetición de la conducta es esencial en la costumbre. Por supuesto, los hechos nunca son los mismos: Heráclito solía decir que nunca nos bañamos dos veces en el mismo río. Los hechos pueden cambiar, los asuntos pueden ser diferentes, las circunstancias pueden variar, pero hay un sentido básico que es inmutable. Siempre que existe una repetición, hay hechos particulares que pertenecen a un género común; hablar de repetición implica una abstracción previa y la eliminación de una serie de datos correspondientes a los hechos particulares, los hechos que ocurrieron en la vida real. Al mismo tiempo, se mantiene un *sentido genérico* básico, es decir, un significado que puede aplicarse a las demás situaciones [...]. Ese *sentido genérico* se repite en cada precedente y establece el contenido de lo aceptado como derecho por los Estados interesados»). Véase también Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 96 («cualquier norma consuetudinaria es una generalización normativa de los precedentes particulares»).

[169] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 290, párr. 81.

[170] *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 277. Véase también *Corfu Channel*, fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 74 (opinión disidente del magistrado Krylov) («La práctica de los Estados en esta materia dista mucho de ser uniforme, y es imposible afirmar que exista una costumbre internacional en relación con ella») y pág. 128 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Ečer) («La práctica de los Estados era tan diversa que no podía hallarse prueba de la existencia de esa norma [de derecho internacional consuetudinario]»); *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 131 (donde se señala que cuando «ciertos Estados» adoptaron o aplicaron una norma y «otros Estados» adoptaron una práctica diferente, «la regla no ha adquirido, por tanto, la autoridad de una norma general de derecho internacional»); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 56 y 57 (opinión separada del Presidente Bustamante y Rivero) (en la que afirma que cuando la práctica tiene una «naturaleza esporádica [que] interfiere en cualquier sistematización», el surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario «es muy improbable en esas circunstancias»); *Fisheries Jurisdiction* (*Federal Republic of Germany v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 212 (declaración del magistrado Nagendra Singh) («una práctica ampliamente divergente y discordante de un Estado [no permitiría la cristalización de una norma]»); *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 117 y 118 (opinión separada del magistrado Bula-Bula) («el hecho de que una práctica unilateral y única se caracterice fundamentalmente por presentar muchas faltas de uniformidad y ambigüedades [significa que] no ha surgido una norma consuetudinaria»).

[171] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 45, párr. 79; Alemania, orden de la Sala Segunda (nota 74 *supra*), párr. 42 («en especial, no ha de pasarse por alto que la práctica pertinente del Estado y la doctrina tomadas en consideración por el Tribunal Regional Superior se refieren, en su gran mayoría, a situaciones en las que intervienen únicamente dos Estados. Sin embargo, en este caso, existen relaciones jurídicas entre la República del Yemen, en calidad de Estado de origen del demandante, los Estados Unidos de América, en calidad de Estado del foro requirente, y la República Federal de Alemania, en calidad de Estado de residencia requerido. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la presunta violación del derecho internacional no se refieren directamente al proceso penal en el Estado del foro […] sino al procedimiento de extradición en el Estado de residencia requerido»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, causa SCSL-04-14-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 28 de mayo de 2008, párr. 406.

[172] Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 65.

[173] G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law», pág. 45. Véase también Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 44 («una prueba excesivamente estricta […] pondría en peligro la formación del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, supondría pasar por alto el carácter necesariamente general del derecho consuetudinario en un examen demasiado exhaustivo de los casos de la práctica. Por otro lado, lo que parece a primera vista una práctica no uniforme podría perfectamente contener una norma general como denominador común, o al menos podría darse una uniformidad en normas parciales o especiales. Una vez establecida la norma, sin duda serían posibles varias opciones […]. En realidad, la divergencia con respecto a la norma podría indicar una excepción admisible»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 24 («La uniformidad total de la práctica no es necesaria, pero sí lo es la uniformidad sustancial»); Bodansky, «Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», pág. 109 («las normas consuetudinarias implican regularidad, aunque no necesariamente uniformidad, de comportamiento […] es posible que se cometan errores y se violen las normas»); Müllerson, «The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law», pág. 167 (señala la cuestión general de que «[l]a regulación jurídica es necesaria únicamente cuando se producen desviaciones con respecto a los patrones deseados de la práctica»). Según Briggs, «Las variaciones de la concordancia, la generalidad o la uniformidad de una práctica son objeto de interpretaciones judiciales» («The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law», pág. 729). De acuerdo con el memorando de la Secretaría (*Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 5, párrs. 21 y 22: «Cuando había un elemento o característica común subyacente en la práctica internacional, el hecho de que existiese cierta variabilidad en la práctica con frecuencia no ha impedido que la Comisión determinase la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario».

no cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta [...]. La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas, y que los casos en que el comportamiento de un Estado denote falta de coherencia con una determinada norma deberían considerarse, por lo general, como una violación de esa norma, no como señal del reconocimiento de la existencia de una norma nueva[174].

58. *Duración de la práctica*. Si bien tradicionalmente las normas de derecho internacional consuetudinario han surgido como resultado de una práctica extendida a lo largo de un lapso de tiempo prolongado, es un hecho ampliamente reconocido que no hay requisitos específicos en cuanto al período durante el que debe existir una práctica antes de que pueda madurar y convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario[175]. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso *North Sea Continental Shelf*,

> [e]l paso de apenas un corto período de tiempo no constituye necesariamente, o por sí solo, un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario […] [si bien] sería un requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto extensa como casi uniforme […] y que además se haya ejercido de un modo que indique un reconocimiento general de que está en juego una norma jurídica o una obligación legal[176].

Si bien es inevitable que algunas normas demoren más tiempo en formarse[177], siempre que la práctica sea lo suficientemente general y uniforme, no se exige que esta tenga una duración concreta[178]. No obstante, en este

[174] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 98, párr. 186. La Corte Internacional de Justicia añadió que «[s]i un Estado obra de una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, entonces tanto si la conducta del Estado es en realidad justificable sobre esa base como si no, esa actitud confirma la norma en lugar de desautorizarla». Véase también *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 336 (opinión disidente del magistrado Azevedo); *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 40, y págs. 104 y 107 (opinión disidente del magistrado Spender); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 229 (opinión disidente del magistrado Lachs). En el fallo *Fisheries*, la Corte afirmó que «considera que no debe concederse demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes, que el Gobierno del Reino Unido asegura haber encontrado en la práctica noruega, fácilmente entendibles a la luz de los diferentes hechos que se produjeron y condiciones prevalecientes en el dilatado período transcurrido desde 1812, y que no modifican las conclusiones alcanzadas por la Corte» (*I.C.J. Reports 1951*, pág. 138).

[175] Véase, por ejemplo, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, pág. 27 («En la mayoría de los casos, es necesario que pase cierto tiempo para que una práctica cristalice en una norma consuetudinaria. No obstante, en algunas ocasiones, cuando se requiere poca práctica para establecer una norma, su nacimiento puede ser muy rápido»); Corten, *Métholodologie du droit international public*, págs. 150 y 151 («Si, en el pasado, la doctrina parecía exigir una práctica muy antigua, la evolución reciente de la jurisprudencia ha hecho de esta condición algo caduco. *Ratione temporis*, una costumbre puede resultar perfectamente de una práctica limitada en el tiempo, siempre que, como se añade por lo general, esta sea particularmente intensa y unívoca»); Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 666 («el derecho internacional no contiene ninguna norma sobre cuántas veces o durante cuánto tiempo ha de repetirse una práctica»); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 3 («ya no es necesario que esta práctica se dé durante un largo período»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 20 («no es necesario que transcurra un lapso de tiempo concreto»). Véase, sin embargo, la opinión separada del magistrado Sepúlveda-Amor en *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (*Costa Rica v. Nicaragua*), fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 279: «El tiempo es otro elemento importante en el proceso de creación del derecho internacional consuetudinario […]. Afirmar que existe un derecho consuetudinario, creado en tan corto período, claramente contradice la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la materia» (en referencia a la causa *Right of Passage*); Jennings, «The identification of international law», pág. 5 («No cabe duda de que la práctica durante un período más o menos largo de tiempo es un ingrediente esencial del derecho consuetudinario»).

[176] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 74; véase también págs. 124 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); 230 (opinión disidente del magistrado Lachs) («Con respecto al aspecto temporal, la formación del derecho mediante la práctica de los Estados con frecuencia se ha asociado en el pasado al transcurso de un largo período de tiempo. No hay duda de que en algunos casos esto podría estar justificado. Sin embargo, la gran aceleración del cambio social y económico, unida a la de la ciencia y la tecnología, han planteado un grave desafío para el derecho: un reto al que el derecho debe responder para no seguir quedando por detrás de los acontecimientos como ha venido siendo habitual […] el corto período en que se ha desarrollado y ha madurado el derecho sobre la plataforma continental no constituye un obstáculo para reconocer sus principios y normas como parte del derecho general, incluido el principio de la equidistancia») y 244 (opinión disidente del magistrado Sørensen) («Por lo tanto, se ha reservado la posibilidad de reconocer el rápido surgimiento de una nueva norma de derecho consuetudinario sobre la base de la práctica reciente de los Estados. Esto es particularmente importante en vista del proceso de evolución extremadamente dinámico por el que está atravesando la comunidad internacional en la etapa actual de la historia»). En relación con la «práctica consuetudinaria», la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «lo importante es que la práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado período» (*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, fallo de 28 de noviembre de 2003, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 2003*, vol. II, párr. 104).

[177] Véase Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 64 («Si surge con frecuencia una controversia que ha de resolverse, y esta se regula en esencia del mismo modo en cada ocasión, el tiempo necesario para su resolución puede ser corto; si la controversia surge solo esporádicamente, se puede demorar más tiempo en observar una uniformidad en su tratamiento […] De hecho, lo que tiene mayor peso es la uniformidad y la repetición de la práctica, no su duración»). Véase también Lauterpacht, «Sovereignty over submarine areas», pág. 393 («no es necesario que “la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” —según la formulación del Artículo 38 del Estatuto— se dilate durante décadas. Toda tendencia a exigir un período prolongado para la cristalización de la costumbre debe ser proporcional al grado y la intensidad del cambio que se pretende lograr o confirmar»); H. Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Conceptos y fuentes del derecho internacional) (Guizhou People’s Press, 1994), pág. 91 (citado en Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», pág. 661).

[178] Véase también Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs…*, pág. 19; Jiménez de Aréchaga, «General Course in Public International Law», pág. 25 («La aceptación por la Corte de una práctica que ha madurado rápidamente muestra que el requisito tradicional de la duración no es un fin en sí mismo sino solo un medio de poner de manifiesto la generalidad y uniformidad de una práctica concreta de un Estado»); Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», pág. 234 («El período de tiempo en que ha perdurado una práctica no es crucial para la formación de la costumbre. Es más importante la fuerza de otros factores, como la frecuencia y repetición de la práctica, el número de Estados que han participado en ella, y el peso relativo de la práctica opuesta»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 55 («No es necesario que esta línea de conducta se haya seguido durante un largo período de tiempo, si bien las aseveraciones de que ciertas normas consuetudinarias se han producido “rápida” o espontáneamente deben tratarse con reserva. Reviste mayor importancia establecer que existe una aceptación generalizada de la opinión de que esa conducta se ajusta a la legalidad y es exigida por el

(*Continuación en la página siguiente.*)

contexto, debería tenerse en cuenta que «todos los Estados que, como consecuencia de su inacción, pudieran llegar a verse obligados por una norma deben disponer del tiempo necesario para evitar su aceptación implícita oponiendo resistencia a ella»[179].

59. Teniendo en cuenta lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 9. La práctica debe ser general y uniforme*

1. Para que se establezca la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser general, lo que significa que ha de estar suficientemente extendida y ser suficientemente representativa. No es necesario que la práctica sea universal.

2. La práctica debe ser uniforme en general.

3. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea lo suficientemente general y uniforme.

4. Al examinar la práctica, se ha de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados.»

(*Continuación de la nota 178.*)

derecho, además de la experiencia de un comportamiento real acorde»). Compárese con Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*.

[179] Meijers, «How is International Law Made?...», págs. 23 y 24 («[todos] los Estados a quienes puede potencialmente alcanzar una norma naciente deben tener la oportunidad de protestar contra su surgimiento»). Véase, sin embargo, Arangio-Ruiz, «Customary Law…», pág. 100 («Sobre todo hoy en día cualquier acción u omisión de un Estado se conoce en todo el mundo con la inmediatez de un rayo de luz»).

Capítulo V

Aceptada como derecho

60. Al segundo elemento necesario para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario —aceptación de la «práctica general» como derecho— se le denomina comúnmente *opinio juris* (u «*opinio juris sive necessitatis*»). Este «elemento subjetivo» del derecho internacional consuetudinario exige, en esencia, que la práctica en cuestión esté motivada por la «idea [...] de que la acción era obligatoria desde el punto de vista jurídico»[180]. Los Estados han de «creer que están aplicando una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario»[181] o, dicho de otra manera, «[sentirse] legalmente obligados a [realizar el acto en cuestión] en razón de que existe una norma de derecho consuetudinario que los fuerza a hacerlo»[182]. Este es el «punto de vista interno»[183], según el cual la frecuencia de una conducta puede hacer que se convierta en una norma jurídica, y que permite trazar una distinción entre lo que se considera derecho y lo que no[184]. Como señaló el magistrado Chagla,

[d]e conformidad con el derecho internacional, para que se pueda hablar de costumbre es necesario mucho más que [una acumulación de un gran número de casos]. No es suficiente con probar su manifestación externa; es igualmente importante que se establezca su elemento mental o psicológico. Es este elemento tan decisivo el que permite distinguir la mera práctica o el mero uso de la costumbre. En sus acciones u omisiones, las partes deben sentir que están haciendo algo o absteniéndose de hacerlo porque se sienten obligadas a ello. Deben considerar que ese sentido de obligación tiene la misma fuerza que la ley [...], ha de predominar un sentimiento de coacción, no física sino jurídica[185].

61. *Otros motivos para la acción*. La «aceptación [de una práctica] como derecho» debe distinguirse de otras consideraciones no jurídicas que un Estado pueda tener con respecto a la práctica en cuestión. Por lo tanto, para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario debería establecerse que la práctica de que se trate no estaba motivada (exclusivamente) por «la cortesía, la buena vecindad y la conveniencia

[180] Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: a Treatise*, pág. 609.

[181] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 76.

[182] Ibíd., págs. 44 y 45, párr. 78.

[183] Bodansky, «Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», pág. 109.

[184] Toda práctica que no se acompañe de tal sentido de obligación no contribuye al derecho internacional consuetudinario. Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77 («Los actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida, sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de *opinio juris sive necessitatis*»); *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 123, párr. 55 («Si bien es cierto que en ocasiones los Estados deciden conceder una inmunidad más amplia que la exigida en el derecho internacional, a los efectos que nos ocupan, lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio juris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento»). Véase también Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 48 («si bien no hay duda de que el requisito de la *opinio juris* da lugar a muchos problemas en la práctica […], lo cierto es que es difícil distinguir entre el uso que se ha hecho obligatorio como derecho consuetudinario y el uso que no […] sin permitir que en la creación de la costumbre el elemento psicológico se vuelva a deslizar sigilosamente en el debate por un camino tortuoso y con otro nombre»). Sobre la importante función de la *opinio juris* para evitar que la práctica general normalmente no deseada se convierta en derecho internacional consuetudinario, véase Dahlman, «The function of *opinio juris* in customary international law». Villiger ha observado que, «[a]demás, la *opinio* sirve en particular para distinguir las violaciones de la norma consuetudinaria de sus modificaciones posteriores, prueba nada desdeñable en vista de la naturaleza dinámica del derecho internacional consuetudinario. Mientras la *opinio* anterior no se haya erosionado, y la nueva *opinio* no se haya establecido, la práctica divergente sigue siendo una forma de objeción persistente o subsiguiente» (*Customary International Law and Treaties*, pág. 48).

[185] *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 120 (opinión disidente del magistrado Chagla, en referencia a la costumbre local, pero se apoya en este contexto en la formulación general del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

política»[186], ni por «el interés o la tradición»[187]. Los Estados deben haber respetado una norma «como obligación jurídica y no simplemente como una cuestión de tolerancia o cortesía recíprocas»[188]. En la «aceptación [de la práctica] como derecho» tampoco pueden influir razones de índole social o económica[189], pese a que esas consideraciones pueden perfectamente estar presentes, en especial cuando la práctica comienza a desarrollarse.

62. No puede considerarse tampoco que la práctica motivada (exclusivamente) por la necesidad de cumplir con las obligaciones impuestas por un tratado (o alguna otra obligación no consuetudinaria) represente «aceptación como derecho»[190]: el hecho de que las partes en un tratado actúen en cumplimiento de sus obligaciones convencionales no demuestra por lo general la existencia de una *opinio juris*[191]. Por el contrario, cuando los Estados

[186] *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 285 y 286 (en el que se añade que «la conveniencia o el puro interés político parecen haber llevado al Estado territorial a reconocer el asilo sin que tal decisión sea dictada por el sentimiento de que existe una obligación jurídica»). Véase también *Right of Passage over Indian Territory*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1957*, pág. 177 (opinión disidente del magistrado Chagla) («[el Estado] debe ir más allá y establecer que [la práctica] se realizaba como una cuestión de derecho y no como una gracia o concesión»); *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén) («[la omisión de una conducta no debe] estar motivada por consideraciones políticas o económicas sino por la convicción de que [esa conducta en cuestión está] prohibida por el derecho internacional consuetudinario»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 109 (en que la Corte Internacional de Justicia diferenció «las declaraciones de política internacional» de «la confirmación de las normas del derecho internacional vigente»); *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 221 (opinión disidente de los magistrados Hackworth, Badawi, Levi Carneiro y Benegal Rau) (en referencia a «la confirmación del uso al menos como una base de sus derechos [y, de ahí que] no se tratara de un caso de mera "tolerancia graciosa"»); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 423 y 424 (opinión disidente del magistrado Shahabuddeen) («También es importante recordar que la simple prueba de actos u omisiones que aparentemente constituyen prácticas de los Estados no elimina la necesidad de interpretar estos actos u omisiones. El hecho de que los Estados puedan considerar que la realidad no les deja más opción que actuar como lo hacen no impide que su conducta se considere parte de la práctica de los Estados, siempre que cuando actúen lo hagan con el convencimiento de que obran por obligación legal»); *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 145 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert) («Una "práctica negativa de los Estados", consistente en abstenerse de instituir un procedimiento penal, no se puede considerar en sí misma prueba de una *opinio juris*. Otras muchas razones pueden explicar esa omisión, entre ellas la cortesía, las consideraciones políticas, las cuestiones prácticas y la falta de jurisdicción penal extraterritorial. Esta práctica puede generar normas de derecho internacional consuetudinario únicamente si esta omisión fue fruto de una decisión consciente de los Estados en cuestión»); de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, pág. 149 («Los gobiernos conceden importancia a la distinción entre la costumbre, por la que se sienten obligados, y la mera práctica, a menudo dictada por razones de conveniencia y, por tanto, desprovista de una justificación jurídica definida. El hecho de que su motivación suela ser un interés político no es razón para negar su relevancia»).

[187] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77 («Existen muchos actos internacionales, por ejemplo en el ámbito del ceremonial y el protocolo, que se llevan a cabo casi de forma sistemática, pero que están motivados exclusivamente por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por un sentido de obligación jurídica»). Véase también *Continental Shelf* (*Libyan Arab Jamahiriya/Malta*), fallo, *I.C.J. Reports 1985*, pág. 69 (opinión separada del Vicepresidente Sette-Camara) («Puede invocarse la conveniencia política y diplomática en apoyo del principio de distancia, pero esto difícilmente constituye *opinio juris sive necessitatis*»).

[188] *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 58 (opinión separada del magistrado Dillard).

[189] Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 23 (en que la Corte Internacional de Justicia afirmó, en relación con el método de la equidistancia en la delimitación marítima, lo siguiente: «En resumen, probablemente es acertado decir que ningún otro método de delimitación entraña la misma combinación de conveniencia práctica y certidumbre en cuanto a la aplicación. Sin embargo, estos factores no bastan para convertir un método en una norma jurídica, que haga obligatorio aceptar los resultados de la utilización de ese método en todos los casos en que las partes no se pongan de acuerdo de otro modo […]. Desde el punto de vista jurídico, si hay una norma de esa índole, su fuerza legal debe provenir de otros factores distintos de la existencia de esas ventajas, por muy importantes que sean»); *South West Africa* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 34 («Las consideraciones humanitarias pueden constituir una base de inspiración para las normas jurídicas […]. Sin embargo, esas consideraciones no constituyen por sí mismas normas jurídicas. Todos los Estados están interesados —tienen interés— en esas materias. Pero el hecho de que exista un "interés" no significa de por sí que este sea específicamente jurídico por naturaleza»).

[190] Véase también Schachter, «Entangled treaty and custom», pág. 729; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, pág. 81 («La práctica que se ajusta a alguna otra norma no consuetudinaria no constituirá una prueba independiente de *opinio juris* consuetudinaria, conforme se estableció en el caso *North Sea*»). Baxter señaló una paradoja en este contexto, según la cual «[a] medida que aumenta la aceptación expresa del tratado, disminuye el número de Estados que no son partes cuya práctica es pertinente» («Treaties and customs», pág. 73); véase también Cryer, «Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study», pág. 244 («En cierto sentido, puede resultar más difícil evaluar la práctica en relación con una norma basada en un tratado ya vigente, dado que la práctica de las partes en los tratados *inter se* puede atribuirse a la existencia del tratado»).

[191] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 76 («más de la mitad de los Estados interesados, obrando tanto unilateral como conjuntamente, eran o pasaron a ser en poco tiempo partes en la Convención de Ginebra [Convención sobre la Plataforma Continental] y, por tanto, se suponía que en su caso estaban actuando real o potencialmente en la aplicación de la Convención. No se podía inferir legítimamente de su actuación la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario»); *Rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 199 y 200 («a lo largo de todo este período [de 150 años], la jurisdicción consular de los Estados Unidos no se basó de hecho en la costumbre ni el uso, sino en los derechos consagrados en los tratados […]; [esto] no es suficiente para establecer que los Estados que ejercían su jurisdicción consular de conformidad con los derechos contemplados en los tratados gozaban además del derecho a ejercerla sobre la base de la costumbre o el uso»); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 531 (opinión disidente del magistrado Jennings) («es obvio que resulta difícil encontrar un ápice siquiera de "práctica" pertinente relativa a estas materias en el comportamiento de los pocos Estados que no son partes en la Carta; y la conducta de todos los demás y la *opinio juris* que esa conducta podría poner de manifiesto en otras circunstancias, ciertamente se explica por las obligaciones que impone a los Estados la propia Carta»); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 479 (opinión separada del magistrado Abraham) («un enfoque de esa índole no demuestra la existencia de una *opinio juris*, es decir, la creencia de que hay una obligación […] más allá de cualquier obligación convencional»); Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, causa *Delalić* (nota 115 *supra*), párr. 302. En la causa *The Paquete Habana* (1900), la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha referido asimismo a una norma de derecho internacional que existe «con independencia de cualquier tratado u otro acto público expresos» (nota 117 *supra*), pág. 708. Véase también Tomka, «Custom and the International Court of Justice», pág. 204 («Con frecuencia esto no constituirá un problema para determinar si la convención codificó una norma de derecho ya existente, habida cuenta de los extensos trabajos preparatorios y de las oportunidades de formular observaciones explícitas a lo largo del proceso de aprobación de una convención de codificación, así como de las circunstancias de la aprobación, que arrojarán luz sobre esta cuestión»).

obran de conformidad con un tratado que (todavía) no es vinculante para ellos, o respecto de Estados que no son partes en un tratado, sí que puede considerarse que existe «aceptación [de la práctica] como derecho»[192]. Lo mismo ocurre también cuando quienes no son partes en un tratado obran de acuerdo con las normas en él consagradas, como sucede en el caso de ciertos Estados que no son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[193].

63. El hecho de que los Estados «recurran libremente [a un conjunto de métodos diferentes] para conciliar sus intereses nacionales» no suele indicar que exista «*opinio juris* fundamentada en la conciencia de los Estados del carácter obligatorio de la práctica empleada»[194]. Dicho de otra manera, «la práctica de los Estados no justifica la formulación de ninguna norma jurídica general» cuando esos Estados están en condiciones de optar por una práctica adecuada a sus circunstancias particulares (y, por tanto, no han reconocido ninguna práctica concreta como obligatoria)[195].

64. La aceptación de la práctica como derecho es algo que se pretende por lo general de los Estados interesados, tanto los que llevan a cabo la práctica en cuestión como los que están en condiciones de reaccionar ante ella:

> los 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»[196].

En la realidad de hoy, en que existen múltiples foros internacionales, la investigación sobre lo que algunos denominan «*opinio juris* individual» puede complementarse con la búsqueda de la «*opinio juris* coordinada o general»[197], o apoyarse en ella, esto es, en la aceptación (o no) de una práctica concreta como derecho por el consenso general de los Estados[198]. Así como es conveniente examinar la práctica conjunta de los Estados, esto puede ayudar a determinar si los miembros de la comunidad internacional están en realidad de acuerdo o divididos en cuanto a la naturaleza vinculante de una práctica concreta.

65. La idea de que la aceptación como derecho es necesaria para que una práctica habitual se transforme en norma jurídica se remonta a la antigüedad[199], pero la expresión latina *opinio juris sive necessitatis* es de origen mucho más reciente. Su significado literal es «creencia (u opinión) de que se está ante un deber jurídico o una necesidad»[200], y esta «denominación técnica»[201] del elemento subjetivo se abrevia habitualmente como «*opinio*

---

[192] Véase, por ejemplo, la referencia a la práctica de Venezuela en *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 370 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla).

[193] En *Maritime Dispute* (*Peru v. Chile*) ante la Corte Internacional de Justicia, el representante del Perú afirmó que «el Perú acepta y aplica las normas del derecho internacional consuetudinario del mar contempladas en la Convención [de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar]» (CR 2012/34, pág. 43, párr. 10 (Wagner)).

[194] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 127 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun). Por supuesto, a menos que la propia norma permita varias líneas de actuación.

[195] *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 131.

[196] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 109; véase también *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 121 (opinión disidente del magistrado Chagla) («Es necesario que la otra parte tenga también una conciencia clara de que existe una obligación»); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 315 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun) («una práctica contribuye a la formación de una norma consuetudinaria únicamente si […] tanto el Estado que se vale de ella o pretende imponerla como el Estado que experimenta sus efectos o se somete a ella consideran esa práctica como la expresión de una obligación jurídica que ninguno de los dos puede eludir»); Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 70 y 71. Por el contrario, hay autores que han planteado algunas veces que lo más importante es principalmente la *opinio juris* de cualquier grupo de Estados: para consultar el planteamiento de que la *opinio juris* de los Estados «receptores» reviste mayor importancia, véase, por ejemplo, Wolfke, *Custom in Present International Law*, págs. 44 y 47 («En el caso de una costumbre típica, basta con que se presuma la aceptación de la práctica como derecho en todas las circunstancias del caso, sobre todo en la actitud, y por lo tanto en la conducta, de los Estados que aceptan obligarse por la norma consuetudinaria […]. Cabe añadir que el requisito de "sentimiento de deber" o "convicción" por parte del Estado que actúa es incluso ilógica en cierta medida, habida cuenta de que lo que importa desde el punto de vista jurídico es únicamente la reacción de los otros Estados ante la práctica, en particular si la consideran exigida por el derecho o jurídicamente permitida»); MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», pág. 126 («Por supuesto, la *opinio juris* es pertinente para la formación de los derechos consuetudinarios, pero solo desde el punto de vista de los Estados afectados por el ejercicio del derecho en cuestión»).

[197] Véase, por ejemplo, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, págs. 102 a 107.

[198] Véase también Pellet, «Article 38», pág. 819 (en referencia a varios casos cuando plantea que «además de en la práctica, [la Corte Internacional de Justicia] se apoyará normalmente en la opinión general, no en la de cada uno de los Estados por separado»); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», pág. 11 («[La Corte Internacional de Justicia] ha procurado determinar que existía un consenso general de los Estados en lugar de adoptar una actitud positivista consistente en insistir en la prueba estricta del consentimiento del Estado demandado»); Casella, «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law» («Ya no se puede considerar la *opinio juris* como opinión particular de uno o algunos Estados, sino como declaraciones colectivas emitidas en la actualidad por el conjunto de la comunidad internacional o una parte sustancial de ella»); Charney, «Remarks on the contemporary role of customary international law», pág. 21 («Algunos sostienen que cada Estado debe optar por aceptar la norma como derecho. Pero es evidente que solo se requiere la aceptación de la comunidad internacional y no de los Estados individualmente y otras personas jurídicas internacionales»). El magistrado Meron, en su opinión parcialmente disidente en la causa *Nahimana et al. v. Prosecutor* (Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda), sugiere que, cuando «entre los Estados no se ha cristalizado el consenso, es claro que no existe una norma de derecho internacional consuetudinario» (causa ICTR-99-52A, 28 de noviembre de 2007, párrs. 5 a 8); véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 315 (opinión disidente del magistrado Schwebel) («las protestas vehementes y las reservas de derechos, como lo demuestran sucesivas resoluciones de la Asamblea General […] frustran la aparición o la supervivencia de una *opinio juris* en contrario»).

[199] Crawford hace referencia a Isidoro de Sevilla (ca. 540 a 636 D.C.), quien en su *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*, afirma lo siguiente: «La costumbre como derecho viene determinada por hábitos morales, que se aceptan como derecho cuando no existe derecho escrito: es indiferente que exista por escrito o se base en la razón, dado que la razón también se atiene al derecho [...]. La costumbre también se denomina así porque es el uso común» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 26, nota 32). En relación con la «genealogía intelectual» del «ingrediente adicional» del derecho internacional consuetudinario, véase Kadens y Young, «How customary is customary international law?».

[200] Thirlway ha propuesto la siguiente formulación «a la luz de su aplicación en el plano jurídico»: «la opinión (o convicción) de que se trata (o, quizá, debería tratarse) de una obligación impuesta por el derecho o por la necesidad» (*The Sources of International Law*, pág. 57).

[201] Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 55.

juris», 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»[202].

66. Los estudiosos que han intentado explicar el significado y la función del concepto de *opinio juris* han tenido que lidiar no solo con su indeterminación lingüística y procedencia incierta[203], sino también con problemas teóricos de larga data relacionados con el intento de reflejar en términos exactos el proceso amorfo por el cual una pauta de conducta de los Estados adquiere fuerza jurídica[204]. En particular, algunos autores se han preguntado si el elemento subjetivo se refiere en realidad a la creencia (u opinión) de los Estados o más bien a su consentimiento (o voluntad)[205]. Otros han reflexionado sobre la «paradoja» de la *opinio juris*, es decir, ese «argumento de círculo vicioso» que pone en duda que pueda surgir una nueva norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica pertinente debe ir acompañada de la convicción de que esa práctica ya es derecho[206]. Y otros han puesto en duda que los Estados puedan tener una creencia[207] y que esa motivación interna pueda demostrarse[208]. Varios autores han sostenido que la *opinio juris* debería entenderse en el sentido de que refleja principios éticos y de moralidad[209], mientras que otros niegan la pertinencia de esa consideración en este contexto[210]. Estos debates académicos y de otra índole, calificados por un autor como «formidables»[211], reflejan a menudo controversias más profundas sobre el derecho (internacional) en un plano más general[212]. Sin embargo, el elemento subjetivo del

[202] Thirlway, *The Sources of International Law*, pág. 78. Véase también Millán Moro, *La «Opinio Iuris» en el Derecho Internacional Contemporáneo*; Huesa Vinaixa, *El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo*. Hay quien ha sugerido que la *opinio juris* tiene una función adicional a la que se le atribuye comúnmente en relación con el derecho internacional consuetudinario: véase, por ejemplo, la opinión disidente del magistrado Cançado Trindade en *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 283, párr. 290 («no debe adoptarse una opinión demasiado restrictiva de la *opinio juris* y reducirla al componente subjetivo de la costumbre y alejarla de los principios generales del derecho»).

[203] Véase, por ejemplo, Mendelson, «The Subjective Element in Customary International Law», págs. 194 y 207 («se afirma que la incoherencia lingüística de la expresión *opinio juris sive necessitatis* refleja cierta incoherencia del razonamiento en que se sustenta [...] por su parte, [es] una expresión de dudosa procedencia y significado incierto»).

[204] Véase también Kadens y Young, «How Customary Is Customary International Law?», pág. 907 («El problema central de la costumbre se refiere al "ingrediente adicional" necesario para transformar una práctica repetitiva en una norma vinculante. Y una enseñanza fundamental de nuestro debate histórico es que este ha sido *siempre* el problema central»).

[205] Como han señalado los estudiosos en la materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han hecho referencia a los dos conceptos de voluntad y creencia (véanse, respectivamente, *S.S.* «Lotus», *1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, 18, y *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77). En relación con los intentos de conciliar ambos enfoques, véase por ejemplo la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 30 («Es posible lograr una elisión o aparente conciliación de esos dos enfoques mediante el empleo de términos como "aceptada" o "reconocida" como derecho»); Elias, «The nature of the subjective element in customary international law».

[206] Véase, por ejemplo, Kelsen, «Théorie du droit international coutumier», págs. 262 a 265; véase también Taki, «*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», pág. 450. En relación con algunas de las soluciones propuestas para la «paradoja», véase Maluwa, «Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law»; Verdross, «Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts»; Tasioulas, «*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the "paradox"»; Lefkowitz, «(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach»; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, págs. 52 y 53; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, pág. 112; Elias y Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, págs. 3 a 21.

[207] Véase, por ejemplo, D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pág. 471 («es una falacia antropomórfica pensar que las entidades que llamamos Estados pueden "creer" algo; por tanto, no hay ningún motivo para exigir una prueba tan subjetiva y totalmente indeterminada de esa creencia cuando se intenta describir cómo funciona el derecho internacional y cómo puede demostrarse su contenido»); Cheng, «Custom: the future of general State practice in a divided world», pág. 530 («En primer lugar, se plantea la cuestión de si los Estados, al ser entidades jurídicas, pueden "pensar", pero esta es una simple cuestión de imputabilidad en derecho internacional. Si los Estados pueden "actuar" y "cometer actos ilegales" a través de sus agentes, ¿por qué no pueden "pensar"? ¿Son acaso todos sus actos inconscientes? La siguiente cuestión sería dilucidar si se puede realmente determinar el pensamiento de un hombre y, más aún, el de una persona jurídica. Se trata de una vieja historia. En el ámbito jurídico no hay dificultad alguna para dilucidar todos los días elementos como la "intención de las partes", la "intención del legislador", *mens rea*, la "intencionalidad" y otros elementos psicológicos. En el ámbito jurídico, no es necesario que esos elementos psicológicos se correspondan con la realidad. Son simplemente lo que, según la lógica de los juristas, puede deducirse de lo que se ha dicho o hecho»).

[208] Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 36 («El enfoque tradicional es buscar pruebas de lo que los Estados creen; este autor prefiere buscar declaraciones de los propios Estados sobre lo que creen»); Taki, «*Opinio Juris* and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis», pág. 447 («es posible resolver el "problema de la prueba" deduciendo cuál es la conciencia interna de la persona que actúa a partir de ciertos elementos externos (por ejemplo la conducta observable)»); Slama, «*Opinio juris* in customary international law», pág. 656 («Las acciones, las declaraciones expresas, el consentimiento, la aquiescencia, las protestas o la falta de protestas de un Estado son factores objetivos capaces de *manifestar* una *opinio juris*»).

[209] Véase, por ejemplo, Wolfrum, «Sources of international law», párr. 25 («La *opinio iuris*, es decir, la creencia de que cierta conducta es obligatoria o está permitida con arreglo al derecho internacional, es en realidad la convicción de que tal conducta es justa, equitativa o razonable y que, por ese motivo, está prescrita por la ley»).

[210] Véase, por ejemplo, Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 838 («La afirmación de un derecho por un Estado, la tolerancia o admisión por otros de que aquel es titular de ese derecho, o el cumplimiento de una obligación son elementos que acreditan la opinión de los Estados de que se ha pasado de la esfera de los hechos a la del derecho, pues los derechos y deberes tienen en este caso una connotación estricta y exclusivamente *jurídica*, y no moral, ética o dictada por la cortesía o la conveniencia»); Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 37 («Una declaración de que algo es moralmente obligatorio puede contribuir a crear normas de moralidad internacional, pero no normas de derecho internacional»).

[211] MacGibbon, «Customary International Law and Acquiescence», pág. 125.

[212] Véase también Mendelson, «The Subjective Element in Customary International Law», pág. 117 («Uno de los motivos por los que las controversias han continuado durante tanto tiempo sin resolverse es que los defensores de las distintas teorías son capaces de ver en el fenómeno aquello que desean, con lo que refuerzan así sus ideas preconcebidas»); Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 44 («las divergencias de opinión sobre este elemento subjetivo de la costumbre están estrechamente relacionadas con controversias interminables sobre qué es el derecho internacional en general y sobre la denominada "base de fuerza vinculante" de ese derecho»); Klabbers, «International Organizations in the Formation of Customary International Law», pág. 180 («Más importante quizá es que la idea

(*Continuación en la página siguiente.*)

derecho internacional consuetudinario ha «suscitado más dificultades en la teoría que en la práctica»[213], y el debate teórico del que suele ir acompañado en los libros rara vez ha impedido su aplicación en la práctica[214].

(*Continuación de la nota 212.*)

misma del derecho consuetudinario genera todo tipo de debates, no solo debido a su importancia práctica, combinada con la indeterminación intrínseca del concepto, sino también a su enorme importancia política. Los valores políticos se transmiten a través de las fuentes del derecho internacional (y la costumbre sigue siendo una de las dos fuentes principales de ese ordenamiento jurídico particular), lo que hace que la doctrina sobre las fuentes sea en general muy volátil [...]. No es de extrañar por tanto que la doctrina sobre las fuentes siga generando debates, y tampoco que la mayor parte de esos debates tiendan a ser de naturaleza metodológica»); Fidler, «Challenging the Classical Concept of Custom…», pág. 199 («los problemas asociados con el derecho internacional consuetudinario se derivan en última instancia de puntos de vista opuestos sobre las relaciones internacionales»). Muchos de los problemas y debates se deben a un análisis temporal del elemento subjetivo, es decir, de su función en la fase inicial de formación de una norma frente a su aparición e identificación en una fase posterior (véase también Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, págs. 80 a 84). Una observación de Cheng es de gran pertinencia en este caso: «contrariamente a una idea bastante extendida, la *opinio juris* no implica necesariamente el reconocimiento del carácter vinculante de una norma preexistente, en cuyo caso se plantea la cuestión del origen de la propia norma preexistente. En un ordenamiento jurídico horizontal como el derecho internacional, donde los sujetos también son los legisladores, la *opinio juris* es simplemente lo que el sujeto/legislador acepta en determinado momento como derecho, como derecho general» («On the nature and sources of international law», pág. 223).

[213] Briggs, «Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», págs. 729 y 730 (donde añade: «A menudo se presta más atención a las dificultades teóricas que existen para la determinación de estos elementos [necesarios para el establecimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario], o de los métodos y procedimientos por medio de los cuales las normas consuetudinarias de derecho internacional surgen o evolucionan a partir de prácticas no obligatorias, que al hecho de que a los tribunales no les resulta demasiado complicado determinar, en un caso concreto, si existe o no una norma aplicable de derecho internacional consuetudinario» (pág. 729)). Véase también la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 30 («en el mundo real de la diplomacia, la cuestión [del elemento subjetivo en el derecho internacional consuetudinario] puede ser menos problemática que en el mundo académico»); Yee, «The news that *opinio juris* "is not a necessary element of customary [international] law" is greatly exaggerated», pág. 230 («El concepto de *opinio juris* sigue siendo el principal culpable de crear confusión entre los estudiosos y profesionales del derecho internacional en general, pero probablemente en mayor medida entre los académicos»); de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, pág. 149 (nota 29) («demostrar la existencia del elemento psicológico de la costumbre no entraña las insuperables dificultades que a veces se invocan»); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», pág. 24 (quien señala, en relación con el argumento de que es difícil obtener pruebas de la existencia de una *opinio juris* en casos concretos, que «puede que se exagere un poco esta dificultad»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 47 («La definición precisa de la *opinio juris*, elemento psicológico en la formación de la costumbre y piedra filosofal que transforma la masa inerte de usos acumulados en el oro de las normas jurídicas vinculantes, ha causado probablemente más controversia académica que la suma de todas las pretensiones invocadas efectivamente por los Estados sobre la base de una presunta costumbre»); Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs…*, pág. 21 («en la práctica, la cuestión de la prueba no plantea tantas dificultades como han augurado los autores»); *Restatement* (*Third*) *of the Foreign Relations Law of the United States*, párr. 102, nota 2 del relator («Conceptualmente, lo más problemático ha sido la circularidad de la sugerencia de que el derecho surge a partir de una práctica basada en la creencia de que se trata de una obligación jurídica [...]. Sin embargo, tales dificultades conceptuales no han impedido la aceptación del derecho consuetudinario esencialmente como se define aquí»).

[214] En relación con el argumento de que la mera elaboración de teorías, por ejemplo sobre cuáles podrían o deberían ser los requisitos del derecho internacional consuetudinario, no cambia el derecho, véase Kammerhofer, «Law-making by scholars».

67. La Corte Internacional de Justicia ha empleado distintas expresiones para referirse al elemento subjetivo que se deriva de las palabras «aceptada como derecho» recogidas en su Estatuto. Entre esas expresiones figuran el «sentimiento de obligación jurídica»[215], la «creencia de que [la] práctica es obligatoria debido a la existencia de una norma de derecho que le impone [...] [un] sentimiento de deber jurídico»[216], el «reconocimiento de la necesidad»[217], la «convicción de la necesidad»[218], la «creencia de que se debe respetar esta práctica de larga data»[219], la «intención deliberada [...] una conciencia común que refleja la convicción [...] en cuanto a [un] derecho»[220], el «sentimiento general [...] respecto del carácter obligatorio de [la práctica]»[221], la «plena conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica» o la «conciencia de la naturaleza vinculante de la norma»[222], la «convicción de que [las partes] están aplicando el derecho»[223] y la «convicción, una convicción de derecho, por parte de los [Estados] en el sentido de que han [...] aceptado la práctica como una norma de derecho, cuya aplicación no podrán eludir con posterioridad»[224]. Otras cortes y tribunales, así como los Estados, han recurrido también a un amplio vocabulario para referirse a este requisito «psicológico»/«cualitativo»/«inmaterial»/«actitudinal» del derecho internacional consuetudinario[225]. Sin embargo, en general todas esas referencias parecen expresar una idea común: la aceptación por los Estados de que su conducta o la conducta de otros es conforme con el derecho internacional consuetudinario:

> La creencia, la aquiescencia, el reconocimiento tácito o el consentimiento tienen algo en común: todos expresan una actitud subjetiva de los Estados respecto de su propio comportamiento o del comportamiento de otros Estados a la luz del derecho internacional[226].

[215] *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 286.

[216] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77.

[217] *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 60 (opinión separada del magistrado Wellington Koo).

[218] Ibíd., pág. 121 (opinión disidente del magistrado Chagla).

[219] Ibíd., pág. 82 (opinión disidente del magistrado Armand-Ugon).

[220] Ibíd.

[221] *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 370 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla).

[222] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 104 y 130 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[223] *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 90 (opinión disidente del magistrado Moreno Quintana).

[224] *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 306 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[225] Véase, por ejemplo, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada* (reglamento de arbitraje de la CNUDMI), laudo de 22 de noviembre de 2002), párr. 97 («un sentimiento general de obligación»); Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, causa penal 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), decisión respecto de la apelación contra la orden de los jueces de instrucción relativa a la empresa criminal conjunta, 20 de mayo de 2010, párr. 53 («*opinio juris*, en el sentido de que lo que los Estados hacen y dicen es una manifestación del derecho»). Véase también *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 8, párr. 27 («Con frecuencia, la Comisión ha caracterizado el elemento subjetivo como la impresión entre los Estados de que existe o no existe una norma obligatoria. [...] En determinados casos, la Comisión se ha referido al elemento subjetivo empleando una terminología diferente»).

[226] Müllerson, «The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law», pág. 163. Véase también Waldock, «General course on public international law», pág. 49 («el criterio definitivo [para determinar si se trata de una norma de derecho internacional

68. El denominado «elemento subjetivo» del derecho internacional consuetudinario se refiere por tanto a la necesidad de que la práctica en cuestión se haya «producido de modo tal que muestre un reconocimiento general de que se trata de una norma de derecho [internacional consuetudinario] o de una obligación jurídica»[227]. Aunque se ha consolidado el uso de la expresión *opinio juris* para referirse a este elemento[228], la «aceptación como derecho» es quizá el mejor término[229]. La Corte Internacional de Justicia, basándose en la redacción de su Estatuto, empleó ese término en el caso *Right of Passage* (uno de los primeros casos en que la Corte profundizó en la metodología para determinar el derecho internacional consuetudinario), al afirmar que, «en vista de todas las circunstancias del caso, [estaba] convencida de que esa práctica se [había] aceptado como derecho»[230]. El empleo de este término recogido en el Estatuto contribuye en gran medida a superar la «paradoja» de la *opinio juris* antes mencionada.

69. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 10. Función de la aceptación como derecho*

1. El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho significa que la práctica en cuestión debe ir acompañada de la creencia de que se trata de una obligación jurídica.

2. La aceptación como derecho es lo que distingue a una norma de derecho internacional consuetudinario de un simple hábito o uso.»

70. *Prueba de la «aceptación como derecho»*. Los motivos de una práctica concreta deben ser discernibles para poder determinar que existe una norma de derecho internacional consuetudinario: «únicamente objetivando el concepto de *opinio* esta puede tener efectos prácticos en la difícil tarea de diferenciar la costumbre "jurídica" del "uso" no jurídico»[231]. En la práctica, la aceptación como derecho ha venido indicada por diversas conductas pertinentes realizadas por los Estados o se ha deducido de ellas. Así, ciertas prácticas pueden ser, en sí mismas, prueba de una *opinio juris* o, en otras palabras, ser pertinentes para establecer tanto la práctica necesaria como su «aceptación como derecho»[232]. En ese sentido,

consuetudinario] debe ser siempre el siguiente: "¿se trata de una práctica aceptada como derecho?". Esto es especialmente cierto en la comunidad internacional, donde los participantes en la formación de una costumbre son Estados soberanos, que son los que adoptan las decisiones, es decir, los legisladores dentro de la comunidad. El reconocimiento de la práctica como derecho por ellos es, de manera muy directa, la base esencial del derecho consuetudinario»).

[227] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 43, párr. 74. Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 44 («dicha práctica debe ser fundamento suficiente al menos para la presunción de que los Estados afectados la han aceptado como jurídicamente vinculante»).

[228] En opinión de Crawford, «lamentablemente» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 25); Wolfke señala que el término latino «se sigue usando ampliamente, pero induce a confusión», y explica que «los malentendidos surgen porque este término, que tiene un significado claro en la historia de la teoría jurídica, es empleado por los autores contemporáneos y, como se ha visto, incluso por la Corte [Internacional de Justicia] con distintos matices o connotaciones» (*Custom in Present International Law*, págs. 45 y 46). Véase, sin embargo, Müllerson, «The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law», pág. 164 («Dependiendo del contexto, se puede hablar de voluntad, consentimiento, consenso, creencia, acquiescencia, protesta, estoppel o incluso algo distinto. Sin embargo, dado que el término *opinio juris* está tan arraigado en la práctica y los textos jurídicos internacionales, sería muy poco sensato tratar de prescindir de él»).

[229] Véase también MacGibbon, «Customary International Law and Acquiescence», pág. 129 («[En comparación con el término "*opinio juris*",] la expresión "aceptada como derecho" puede admitir interpretaciones que reflejan más precisamente los procesos efectivos de evolución desde la práctica o uso hasta la costumbre, ya sea desde el punto de vista del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones»); Santulli, *Introduction au droit international*, pág. 50 («El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia considera en su Artículo 38 que la costumbre es una práctica "aceptada". El Estatuto rompe así con una tradición que presentaba la *opinio juris sive necessitatis* como la "conciencia" de obedecer una norma de derecho»); Pellet, «Article 38», pág. 819 (donde sugiere, en relación con los trabajos preparatorios del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, y la práctica de la Corte Internacional de Justicia, que «la "aceptación" no se limita necesariamente a la voluntad de los Estados, sino a una "adhesión", que puede interpretarse de manera menos estricta»); Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», págs. 839 y 840.

[230] *Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 40 («Dado que esta práctica se ha mantenido durante más de un siglo y cuarto sin verse afectada por el cambio de régimen sobre el territorio intermedio que se produjo cuando la India accedió a la independencia, la Corte, en vista de todas las circunstancias del caso, está convencida de que esa práctica ha sido aceptada como ley entre las partes y ha dado lugar a un derecho y a la correlativa obligación»).

[231] Slama, «*Opinio Juris* in Customary International Law», pág. 656. Véase también Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 48.

[232] Véase también *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 299 («[la] presencia [de normas consuetudinarias] en la *opinio juris* de los Estados puede comprobarse por inducción, mediante el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por deducción a partir de ideas preconcebidas»); *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén) («La conducta de estos Estados [que han realizado ensayos nucleares atmosféricos] demuestra que sus gobiernos no opinaban que el derecho internacional consuetudinario prohibiese los ensayos nucleares atmosféricos»); *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 147 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», pág. 24 («Gran parte de lo que se describe como elemento material de la práctica de los Estados contiene en sí misma un elemento subjetivo implícito, un indicio de *opinio juris*»); Bos, «The Identification of Custom in International Law», pág. 30 («En general, se puede decir que todo aquello que esté comprendido en el ámbito de la práctica de los Estados puede servir de prueba de […] una "práctica general *aceptada como derecho*"»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, pág. 63 («En cierto sentido, todo lo que los Estados hacen o dejan de hacer puede calificarse de "práctica estatal", ya que su comportamiento es lo que hacen. Sin embargo, en un sentido más amplio, el comportamiento de los Estados es también nuestra única guía sobre lo que quieren que sea el derecho o lo que creen que es»); Koskenniemi, «Theory: implications for the practitioner», pág. 15 («En la práctica jurídica no existe manera alguna de determinar la presencia o ausencia del elemento subjetivo distinta de la comprobación de la existencia de un comportamiento uniforme y conforme»); Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, pág. 32 («El elemento subjetivo [...] conecta entre sí todos los tipos distintos de conducta de los Estados»); Zemanek, «What is "State Practice" and who Makes It?», págs. 292 y 293 («separar el material que refleja la "práctica de los Estados" del material que refleja la *opinio juris*, aunque puede ser deseable en teoría, es prácticamente imposible porque el primero puede, a través de su lenguaje, poner de manifiesto el segundo»); Thirlway, *The Sources of International Law*, págs. 58, 62 y 70 («Dado que la *opinio juris* es un estado de ánimo, hay una dificultad evidente para atribuirla a una entidad como un Estado y, por tanto, debe deducirse de los pronunciamientos y acciones del Estado, en particular de las acciones que constituyen presuntamente el elemento de "práctica" de la costumbre»).

> todo lo que hagan los Estados [...] es práctica estatal, que tiene dos facetas o aspectos: un comportamiento visible y observable de los Estados (u otros sujetos del derecho internacional) y su actitud subjetiva respecto de este comportamiento, que puede estar presente implícitamente en el propio acto o comportamiento o que puede transmitirse a otros Estados mediante diversos actos de comportamiento que constituyan, a su vez, una práctica estatal de distinto tipo[233].

En cualquier caso, es importante que la corte o tribunal haya, de hecho, identificado por separado los dos elementos.

71. El modo de acreditar una «aceptación como derecho» puede depender de la naturaleza de la norma y de las circunstancias en que esta debe aplicarse. Por ejemplo, es posible que deba establecerse una distinción entre los casos relativos a la afirmación de un derecho y los relativos al reconocimiento de una obligación jurídica, y entre los casos en que la práctica en cuestión consiste en una conducta «sobre el terreno» y aquellos en que se trata de una práctica verbal.

72. El mero cumplimiento de una supuesta norma no es suficiente, por lo general, como prueba de la *opinio juris*: «ese uso no demuestra necesariamente que los agentes se consideren sujetos a una obligación jurídica»[234]. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, «actuar, o haber aceptado actuar de determinada manera, no demuestra nada en el plano jurídico»[235].

73. Asimismo, aunque se ha sugerido que un gran número de actos concordantes[236], o el hecho de que se hayan venido produciendo durante un período de tiempo considerable[237], puede bastar para establecer la existencia de una *opinio juris*, no es así. En efecto, si bien esos hechos pueden *dar lugar* a la aceptación de la práctica como derecho[238], no suponen, en sí mismos, tal aceptación. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia,

> aun cuando los actos realizados [...] hubiesen sido mucho más numerosos de lo que en realidad fueron, no serían suficientes por sí solos, ni siquiera tomados en conjunto, para constituir la *opinio juris* […]. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí solo[239].

74. En consecuencia, la «aceptación como derecho» no debe, por lo general, demostrarse mediante la propia práctica presuntamente impuesta por el derecho internacional consuetudinario. Ello implica, además, que la misma conducta no puede servir, en un caso concreto, para demostrar tanto la práctica como la aceptación de esa práctica como derecho[240]. La aplicación de esta norma a una práctica «no efectiva» también permite garantizar que las declaraciones abstractas no creen, por sí solas, derecho[241].

---

[233] Müllerson, «On the Nature and Scope of Customary International Law», pág. 344. La Corte Internacional de Justicia también ha hecho referencia, por ejemplo, a «una práctica que demuestre la creencia» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 108, párr. 206). Véase, sin embargo, Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, pág. 388 («no se puede deducir nada de manera automática sobre las voluntades o creencias del Estado —la presencia o ausencia de costumbre— observando su comportamiento externo. El sentido normativo del comportamiento solo puede determinarse una vez que se conozca el "aspecto interno", es decir, cómo entiende su conducta el propio Estado […]. La doctrina sobre el derecho consuetudinario es indeterminada porque es circular. Parte de la base de que el comportamiento es una prueba de la *opinio juris* y que esta última es una prueba de qué comportamiento es pertinente como costumbre»).

[234] Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 9. Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 423 y 424 (opinión disidente del magistrado Shahabuddeen) («También es importante recordar que la simple prueba de actos u omisiones que aparentemente constituyen prácticas de los Estados no elimina la necesidad de interpretar estos actos u omisiones. El hecho de que los Estados puedan considerar que la realidad no les deja más opción que actuar como lo hacen no impide que su conducta se considere parte de la práctica de los Estados, siempre que cuando actúen lo hagan con el convencimiento de que obran por obligación legal»).

[235] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 76.

[236] Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 336 (opinión disidente del magistrado Azevedo) («casos concordantes que, por su número, revelan claramente una *opinio juris*»); la alegación de Portugal en el sentido de que «sería imposible sostener que la unanimidad y uniformidad [de la práctica de los Estados] no demuestran la convicción de que existe un deber jurídico (*opinio juris sive necessitatis*)» (*Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 11); Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, pág. 380 («A menos que la acción judicial pretenda reducir el valor jurídico de la fuente más importante de normas de derecho internacional, a saber, la conducta de los Estados, parecería que el principio que debe observarse en la materia consiste en considerar toda conducta uniforme de los gobiernos (o, en determinados casos, su abstención) como prueba de una *opinio necessitatis juris*, salvo que se acredite que la conducta en cuestión no iba acompañada de tal intención»), citado en *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 246 y 247 (opinión disidente del magistrado Sørensen).

[237] *Right of Passage over Indian Territory*, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 83 (opinión disidente del magistrado Armand-Ugon) («Un hecho observado durante un largo período de años [...] cobra fuerza vinculante y adquiere el carácter de una norma de derecho»).

[238] Véase, por ejemplo, ibíd., pág. 40 («Dado que esta práctica se ha mantenido durante más de un siglo y cuarto sin verse afectada por el cambio de régimen sobre el territorio intermedio que se produjo cuando la India accedió a la independencia, la Corte, en vista de todas las circunstancias del caso, está convencida de que esa práctica ha sido aceptada como ley entre las partes y ha dado lugar a un derecho y a la correlativa obligación») y pág. 82 (opinión disidente del magistrado Armand-Ugon) («La repetición continua de un acto durante un largo período de tiempo no debilita este uso sino que, por el contrario, lo fortalece; se establece una relación entre ese acto y la voluntad de los Estados que lo han autorizado. La repetición de esos actos durante un período tan largo genera, tanto en el Estado que los lleva a cabo como en el Estado que los tolera, una creencia de que debe respetarse esta práctica de larga data (Artículo 38 1) *b*) del Estatuto de la Corte)»).

[239] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77. Véase también *S.S.* «Lotus», *1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, pág. 28; Sala de Cuestiones Preliminares de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, causa penal 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), decisión respecto de la apelación contra la orden de los jueces de instrucción relativa a la empresa criminal conjunta, 20 de mayo de 2010, párr. 53 («Una abundancia de práctica de los Estados no lleva habitualmente aparejada la presunción de que existe una *opinio juris*»).

[240] Véase también Mendelson, «The Formation of Customary International Law», págs. 206 y 207 («Sin embargo, lo que debe evitarse es tener en cuenta el mismo acto a la vez como ejemplo de elemento subjetivo y de elemento objetivo. Si se acepta la opinión "dominante" de que es necesario que estén presentes ambos elementos, y en particular que el elemento subjetivo vaya acompañado de una práctica "efectiva", ello debe necesariamente impedir que una declaración se considere tanto un acto como una manifestación de creencia (o voluntad)»); Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, págs. 136 a 141.

[241] Véase también Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 19 («Dado que esos temores [de que un órgano o conferencia pueda "crear" derecho mediante declaraciones abstractas de representantes de los Estados] están justificados, podemos tratar primero de hacer un resumen de las opiniones, partiendo del argumento del magistrado Read de que las "pretensiones pueden ser puntos de partida importantes". Está claro que las condiciones para la formación del derecho consuetudinario son de tal naturaleza que un único caso de práctica, o unos pocos casos en una sola ocasión, no pueden crear derecho. Es necesario un conjunto suficiente de casos, y

75. *Manifestaciones de la «aceptación como derecho»*. «Aunque difícil, la tarea de determinar la *opinio* es posible (y se ve considerablemente facilitada en el marco del proceso moderno de redacción)»[242]. En primer lugar, una declaración expresa de un Estado en el sentido de que una determinada norma es obligatoria *qua* derecho internacional consuetudinario constituye «la prueba más clara» de que dicho Estado «cree estar obligado a cumplir esa norma concreta o principio, o de que a partir de entonces la cumplirá»[243]. Por el contrario, cuando un Estado afirma que no se está ante una norma de derecho internacional consuetudinario, ello demuestra la inexistencia de una *opinio juris*. Tales afirmaciones por los Estados de la existencia (o inexistencia) de derechos u obligaciones con arreglo al derecho internacional (consuetudinario) pueden adoptar, entre otras formas, la de una declaración oficial de un gobierno o un ministro de ese gobierno[244], una demanda o escrito procesal ante cortes y tribunales, un escrito por el que determinado gobierno presente un proyecto de legislación ante el Parlamento[245], una declaración conjunta de Estados por medio de un documento oficial o una declaración realizada en una conferencia multilateral, como una convención de codificación o un debate en las Naciones Unidas[246]. Las protestas diplomáticas, en particular, «pueden indicar, y a menudo lo hacen, la opinión que tienen los Estados que protestan respecto del derecho sobre las cuestiones de que se trate: en esa medida, pueden constituir pruebas de la aceptación de una práctica como derecho»[247].

76. También pueden encontrarse pruebas de la «aceptación como derecho» (o de la no aceptación) en diversas otras prácticas[248], dependiendo del caso concreto y teniendo en cuenta que, «para una costumbre típica, basta con que la aceptación de la práctica como derecho pueda deducirse de todas las circunstancias del caso en cuestión, fundamentalmente de la actitud, y por tanto de la conducta, de los Estados que aceptan quedar vinculados por la norma consuetudinaria»[249]. Al igual que con los distintos tipos de práctica (véase el párrafo 41 *supra*), la lista que figura a continuación no es exhaustiva, sino que pretende mostrar el tipo de materiales donde se puede encontrar el elemento subjetivo:

a) *La correspondencia* (*diplomática*) *intergubernamental*[250], como un memorando enviado por una misión diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado ante el cual está acreditada[251], o un canje de notas entre gobiernos. En este caso el lenguaje empleado debe analizarse atentamente en su contexto para determinar si el Estado está expresando una opinión sobre la existencia de una norma jurídica;

b) *La jurisprudencia de los tribunales nacionales*[252] revela claramente la creencia de que se está ante una

las declaraciones realizadas en una conferencia perderían todo valor si no fueran seguidas de una práctica uniforme y coherente. Sin embargo, también está claro que esas condiciones son salvaguardias adecuadas, y el temor de que pueda generarse derecho consuetudinario de manera instantánea difícilmente justifica que se impongan nuevas condiciones a los casos únicos de práctica»).

[242] Ibíd., pág. 50.

[243] Sohn, «Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», pág. 235. Véase también, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 122 y 123, párr. 55; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 50 («la *declaración expresa* de un Estado en el sentido de que una determinada norma es obligatoria (o consuetudinaria, o codificadora) constituye la prueba más clara sobre la convicción jurídica del Estado»).

[244] Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 367 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (*South West Africa*) *notwithstanding Security Council Resolution 276* (*1970*), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 74 y 75 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); *Tadić*, causa N.° IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párrs. 100, 105, 113, 114 y 120 a 122.

[245] Véase también CIADI, *Mondev International Ltd v. United States of America* (nota 154 *supra*), pág. 106, párr. 111 («Con independencia de que las explicaciones proporcionadas por un gobierno signatario a su propio parlamento en el transcurso de la ratificación o aplicación de un tratado puedan formar parte o no de los trabajos preparatorios del tratado a los efectos de su interpretación, dichas explicaciones pueden ciertamente arrojar luz sobre los objetivos y enfoques perseguidos respecto del tratado y, por tanto, pueden acreditar una *opinio juris*»).

[246] Véase, por ejemplo, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 26; *Fisheries Jurisdiction* (*United Kingdom v. Iceland*), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 48 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) («En un ámbito en que la práctica es contradictoria e imprecisa, ¿es posible y razonable considerar que carecen de toda pertinencia los indicios de aquello que los Estados están dispuestos a reclamar o a aceptar, según se desprende de las posiciones que han adoptado en vista o en previsión de una conferencia para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la materia? [...] Lo menos que puede decirse [...] es que esas declaraciones, así como las propuestas escritas presentadas por los representantes de los Estados, son importantes para determinar las opiniones de esos Estados en cuanto al derecho relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías y su *opinio iuris* sobre un tema regulado por el derecho internacional consuetudinario»); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 329 (opinión separada del magistrado Tomka); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», págs. 14 y 24 («las deliberaciones celebradas en una conferencia plenipotenciaria, incluso antes y con independencia de la adopción de una convención, pueden dar lugar por sí mismas a la aparición de un consenso entre los Estados que, si va seguido de una práctica efectiva, puede cristalizar en una norma consuetudinaria. [...] Las indicaciones expresas o implícitas de *opinio juris* son especialmente importantes y frecuentes cuando un Estado participa en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas»).

[247] MacGibbon, «Customary International Law and Acquiescence», pág. 124.

[248] Véase también *Anuario…2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/659, observación 12, párr. 29 («La Comisión se ha basado en diversos materiales para determinar el elemento subjetivo a efectos de definir una norma de derecho internacional consuetudinario»); *Restatement* (*Third*) *of the Foreign Relations Law of the United States*, párr. 102, comentario *c*) («No son necesarias pruebas explícitas de un sentimiento de obligación jurídica (por ejemplo mediante declaraciones oficiales); la *opinio juris* puede deducirse de actos u omisiones»).

[249] Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 44.

[250] Véase, por ejemplo, *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 135 y 136; *Right of Passage over Indian Territory*, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, en especial pág. 42.

[251] Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 371 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla).

[252] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 135, párr. 77 (donde el elemento subjetivo quedó «demostrado por las posiciones adoptadas por los Estados y por la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales que han dejado claroque consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía el reconocimiento de inmunidad»); *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 76 (opinión separada conjunta de los

(*Continuación en la página siguiente.*)

obligación jurídica. Sin embargo, debe procederse con cautela, ya que «puede resultar difícil dilucidar [...] si ese sentimiento de obligación jurídica se deriva del derecho internacional, del derecho interno o de la interpretación en el plano interno del derecho internacional»[253]. Solo cuando en las correspondientes sentencias se aplique la norma en cuestión de modo tal que quede demostrado, principalmente en virtud del razonamiento seguido, que dicha norma se acepta como obligatoria con arreglo al derecho internacional consuetudinario, estas podrían considerarse pertinentes como prueba de la «aceptación como derecho»;

c) *Las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos cuando afirman que algo es conforme o no con el derecho internacional consuetudinario*[254], y esas opiniones han sido asumidas por el gobierno en cuestión como jurídicamente vinculantes[255];

d) *Las publicaciones oficiales en ámbitos del derecho internacional*, como los manuales militares o las instrucciones a diplomáticos;

e) *Los memorandos internos de funcionarios del Estado*, como las instrucciones de un ministerio de relaciones exteriores a sus diplomáticos[256];

f) *Los tratados* (y sus trabajos preparatorios) también pueden demostrar la existencia de una «aceptación como derecho»[257], ya que «las convenciones siguen siendo una forma muy importante de expresión de la conciencia jurídica de los pueblos»[258]. En este caso concreto, esa conciencia jurídica (en relación con la convención en su conjunto o con algunas de sus disposiciones) debe existir *al margen del tratado*, no solo en el marco de él: para que un tratado pueda ser prueba de una *opinio juris*, debe mostrarse que los Estados (y las organizaciones internacionales), sean partes o no en él, consideran que la norma o las normas enumeradas en el tratado son vinculantes para ellos como normas de derecho con independencia del tratado[259]. Puede darse esta situación cuando un tratado pretende ser un tratado *declaratorio* del derecho internacional consuetudinario, explícita o implícitamente[260]: en ese caso, «el

(*Continuación de la nota 252.*)

magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal); Tribunal Especialpara el Líbano, causa STL-11-01/I, decisión interlocutoria sobre el derecho aplicable: terrorismo, asociación ilícita, homicidio, autoría, acumulación de cargos (Sala de Apelaciones), 16 de febrero de 2011, párr. 100.

[253] Moremen, «National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue», pág. 274. Véase también *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 171 y 172 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert) («E incluso cuando el derecho nacional exige la presencia del delincuente, ello no es necesariamente la expresión de una *opinio juris* según la cual se trata de una exigencia con arreglo al derecho internacional. Las decisiones nacionales deben interpretarse con mucha cautela»). El Sr. Hmoud también hizo hincapié en este aspecto en su intervención de 2013, al afirmar que las decisiones judiciales nacionales eran una fuente importante de material pero tenían que examinarse con detenimiento, ya que los tribunales *nacionales* solían aplicar los procedimientos jurídicos internos del Estado en cuestión y no contaban necesariamente con la experiencia o los recursos suficientes para identificar las normas del derecho internacional consuetudinario (*Anuario… 2013*, vol. I, 3183.ª sesión).

[254] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Galić*, causa IT-98-29-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 30 de noviembre de 2006, párr. 89.

[255] En efecto, cabe recordar que esas opiniones no necesariamente terminan siendo asumidas por el gobierno y que en ocasiones, como ya ha señalado la Comisión con anterioridad, «los esfuerzos de los consejeros jurídicos necesariamente se encaminan a la realización de fines políticos» (*Yearbook…1950*, vol. II, pág. 372, donde se añadió que «tampoco tendría gran valor una reproducción de tales opiniones a menos que fuera acompañada de un análisis adecuado de los antecedentes de los casos respecto de los cuales se hubieren dado»).

[256] Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 372 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla).

[257] Véase también *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (CIADI, caso ARB/03/2, decisión sobre excepciones de incompetencia, 11 de mayo de 2005), párr. 144 («no hay obstáculo, en el derecho internacional, para que la expresión de la voluntad de los Estados a través de los tratados sea al mismo tiempo una expresión de la práctica y de la *opinio juris* necesarias para el nacimiento de una norma consuetudinaria si se cumplen las condiciones para ello»); *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 369 y 370 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla) («este artículo del Acuerdo Bolivariano [sobre Extradición] tiene un significado especial en lo relativo a la costumbre en cuestiones de asilo, ya que demuestra la existencia, tanto en Colombia como en el Perú, de uno de los elementos necesarios para la existencia de una costumbre: el elemento psicológico, la *opinio juris sive necessitatis*. El Acuerdo Bolivariano reconoce el asilo, así como el valor de los principios aplicados en América; por ello, incluye esos principios y los considera vinculantes. En consecuencia, su aceptación por los gobiernos o por un gobierno concreto implica que ese gobierno los acepta "como derecho", es decir, que son el derecho aplicable. Esta cuestión es de suma importancia, ya que el elemento psicológico de la costumbre, siempre tan difícil de probar, queda en este caso totalmente probado»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, causa SCSL-04-14A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 28 de mayo de 2008, párr. 403; Argentina, *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal* (Corte Suprema de Justicia), causa 24.079C, 11 de julio de 2007, párr. IIIA (del escrito del Procurador General de la Nación); fallo en apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (Sala de la Corte Suprema), causa 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 de febrero de 2012, párr. 94.

[258] *Fisheries*, fallo, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 148 (opinión individual del magistrado Alvarez). Véase también Guzman y Meyer, «Customary international law in the 21st century», pág. 207 («buscar en los tratados pruebas del derecho internacional consuetudinario puede ser una práctica valiosa [...] porque los tratados pueden enviar señales creíbles sobre las normas que en opinión de los Estados son vinculantes para quienes no son partes en el tratado»).

[259] Teniendo presente que, como afirma Weisburd, «no cabe deducir que la celebración de un tratado implique necesariamente una *opinio juris*, es decir, que las partes crean que las disposiciones del tratado serían jurídicamente vinculantes para ellas al margen del tratado» («Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 24). Obviamente, los tratados pueden servir de prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a la formación de este no solo en relación con las normas contenidas en ellos, sino también en relación con el derecho consuetudinario de los tratados.

[260] Como señala Baxter, «La manera más fácil de determinar que se está en presencia de un tratado declaratorio es por medio de una declaración expresa a tal efecto, incluida normalmente en el preámbulo del instrumento, pero también puede deducirse de los trabajos preparatorios del tratado y de los antecedentes de su redacción» («Treaties and Custom», pág. 56). Véase también Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», pág. 36 («si un tratado contiene un reconocimiento expreso, o incluso indirecto, de una norma consuetudinaria ya existente, dicho reconocimiento constituye una prueba adicional de la norma consuetudinaria en cuestión»). Weisburd explica acertadamente que «aun en los casos en que este tipo de declaración [que el tratado es declarativo de una costumbre] no sea una descripción exacta del estado del derecho en el momento de la celebración del tratado, equivale a un reconocimiento explícito por las partes en el tratado de que estarían jurídicamente vinculadas por las normas del tratado aunque este no existiera» («Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 23). Es importante señalar, no obstante, que «han de tenerse en cuenta complejas consideraciones para determinar si puede considerarse, y en su caso en qué medida, que una nueva norma incluida en una convención de codificación es expresión de una norma existente o emergente de derecho consuetudinario. Tal norma debe analizarse en su contexto y teniendo en cuenta las circunstancias que hayan rodeado su adopción. También debe examinarse a la luz de lo que puede ser una práctica estatal que se está

tratado es una prueba clara de la voluntad de los Estados [partes en el tratado], sin las ambigüedades e incoherencias propias de la maraña de pruebas de la práctica de los Estados que se emplean normalmente para demostrar el estado del derecho internacional»[261]. En otras palabras, cuando los Estados aceptan (en el marco del tratado, en las negociaciones previas a su adopción o con posterioridad a esta) que el tratado o algunas de sus disposiciones son declaratorias del derecho internacional consuetudinario existente, ello puede constituir una prueba clara de la «aceptación como derecho»[262]. Aun así, «la prueba de la práctica de las partes consolidada en el tratado debe ponderarse a la luz de todas las demás pruebas [concordantes y no concordantes] del derecho internacional consuetudinario, de conformidad con el procedimiento empleado normalmente para acreditar la existencia de ese derecho», en particular «la práctica o las declaraciones anteriores del Estado o los Estados en cuestión»[263]. También puede ser pertinente para evaluar la existencia de una *opinio juris* el hecho de que los Estados afectados hayan firmado o ratificado el tratado y que las partes tengan capacidad para formular reservas a los artículos del tratado[264], pero esas consideraciones no necesariamente indican que no exista *opinio juris*, ya que la costumbre y el tratado pueden coexistir de manera independiente[265]. En cualquier caso, determinar «si una norma de un tratado es prueba suficiente de una *opinio juris* a los efectos del derecho consuetudinario es esencialmente una cuestión fáctica; han de examinarse las declaraciones, las pretensiones y la conducta del Estado»[266] para determinarlo.

Otra cuestión que hay que dilucidar es si la repetición de disposiciones similares o idénticas en un gran número de tratados bilaterales puede constituir una prueba de la «aceptación como derecho». En este caso también es necesario analizar la disposición (y el tratado en el que figura) en su contexto y a la luz de las circunstancias que rodearon su adopción, especialmente porque «la multiplicidad de [...] tratados [...] es en cierta medida un arma de doble filo»[267]:

> La concordancia entre diversos tratados, incluso en número considerable, no constituye *per se* una prueba suficiente, ni siquiera una presunción suficiente, de que la comunidad internacional en su conjunto considera esos tratados como prueba del derecho consuetudinario general. Por el contrario, hay algunos casos en que esos tratados parecen constituir una prueba de ciertas excepciones respecto de la normativa general[268];

desarrollando rápidamente en el sentido de la nueva norma» (Sinclair, «The impact of the unratified Codification Convention», pág. 220).

[261] Baxter, «Treaties and Custom», pág. 36.

[262] Véase también Weisburd, «Customary international Law: The Problem of Treaties», pág. 25 («un tratado no es prueba de *opinio juris* si las partes niegan expresamente en el texto del tratado cualquier *opinio juris* en cuanto al estatus jurídico de las normas del tratado al margen del instrumento [es decir, los propios tratados declaran que las partes se han adherido a ellos de manera puramente voluntaria]. La cuestión radica en la creencia de las partes. Pero si la creencia es la cuestión clave, parecería lógico deducir que un tratado puede negar una *opinio juris*, incluso sin una declaración expresa a tal efecto, si contiene otras pruebas que demuestren que las partes no considerarían vinculantes las normas del tratado si este no existiera. Esto no significa que esos tratados no sean tratados vinculantes, ni que esas negaciones de *opinio juris* en el tratado impidan la aparición de una norma consuetudinaria en la materia al margen del tratado. Solo significa que no puede considerarse que ese tratado sea, en sí mismo, prueba de que las normas que establece tienen carácter de derecho consuetudinario»).

[263] Baxter, «Treaties and Custom», págs. 43 y 44. Véase también Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 154 («debe hacerse hincapié en que las convenciones de codificación, incluso aquellas que declaran expresamente ser reflejo del derecho consuetudinario existente, no pueden considerarse nunca pruebas concluyentes del derecho consuetudinario»). La Corte Internacional de Justicia señaló, en un contexto diferente, que «en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión común de las partes en cuanto al contenido de lo que consideran ser la norma no es suficiente. La Corte debe constatar que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 98, párr. 184).

[264] Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 38 y 39, párr. 63, y pág. 42, párr. 72, y también pág. 130 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun) («la facultad de formular reservas a la aplicación de [una disposición de un tratado] presupone la inexistencia, en el espíritu de los signatarios de la Convención, de la *opinio juris sive necessitatis*. Esta última requiere tener conciencia del carácter vinculante de la norma, y es evidente que, cuando se reserva el derecho de no aplicar una norma, esta no se considera vinculante»). Véase también *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén) (donde se señala que, al aprobar un tratado que permite la denuncia, los signatarios «muestran [...] que siguen opinando que el derecho internacional consuetudinario no prohíbe [la obligación indicada en el tratado]»); *Nahimana et al. v. Prosecutor*, causa ICTR-99-52-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda), 28 de noviembre de 2007 (opinión parcialmente disidente del magistrado Meron), párr. 5 («El número y el alcance de las reservas revelan que sigue habiendo un profundo desacuerdo en la comunidad internacional sobre si está prohibido o debería prohibirse la mera incitación al odio, lo cual indica que el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reflejan un principio asentado. Dado que no ha cristalizado el consenso entre los Estados, está claro que no existe ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que tipifique como delito la mera incitación al odio»); Austria, *Diplomatic Immunity of Domestic Servants Case* (Tribunal Supremo), OGH 6 Ob 94/71, sentencia de 28 de abril de 1971, SZ 1971, núm. 44/56, 204.

[265] En relación con las reservas (y, de manera similar, con la denuncia), véase también Baxter, «Treaties and Custom», págs. 47 a 53; Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 44 («[Conclusión] 22. El hecho de que un tratado permita formular reservas a todas sus disposiciones o a algunas de ellas no crea, por sí solo, una presunción de que esas disposiciones no son declaratorias del derecho consuetudinario existente»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 197 y 198 (opinión disidente del magistrado Morelli). En relación con la ratificación (o no) de convenciones de codificación como prueba de la aceptación como derecho, véase por ejemplo Sinclair, «The Impact of the Unratified Codification Convention», pág. 227 («es correcto considerar que incluso las convenciones de codificación que han sido objeto de escasas ratificaciones pueden, en general, probar en cierta medida la existencia de una *opinio juris* sobre el tema en cuestión. La *calidad* de la prueba dependerá de la procedencia de la disposición concreta de que se trate. Si los trabajos preparatorios de una convención de codificación específica demuestran que una disposición concreta se adoptó en la conferencia de codificación mediante una votación muy dividida, y que la controversia generada al respecto puede haber impulsado a varios Estados a negarse a participar en la convención, hay claros motivos sólidos para restar valor a esa disposición en el contexto de la labor posterior de codificación»).

[266] Schachter, «Entangled Treaty and Custom», pág. 735.

[267] *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 306 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun).

[268] Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», pág. 35. Véase también *Diallo*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 615 («El hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, como los acuerdos para la promoción y protección de inversiones extranjeras y el Convenio de Washington, han establecido regímenes jurídicos especiales para proteger las inversiones, o que comúnmente se incluyen disposiciones a este respecto en contratos celebrados directamente entre Estados e inversionistas extranjeros, no es suficiente para demostrar que haya habido un cambio en las reglas consuetudinarias de la protección diplomática; igualmente podría demostrar lo contrario»); Kunz, «The Nature of Customary

(*Continuación en la página siguiente.*)

g) *Las resoluciones de órganos deliberativos de organizaciones internacionales, como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las resoluciones de conferencias internacionales*. La *opinio juris* puede deducirse de las actitudes de los Estados respecto de los textos no vinculantes que pretenden, explícita o implícitamente, declarar el derecho existente, y que pueden expresarse mediante el voto (a favor, en contra o de abstención) sobre la resolución, mediante la adhesión a un consenso o mediante declaraciones realizadas respecto de la resolución[269]. Sin embargo, tal deducción debe llevarse a cabo «con las debidas precauciones»[270], ya que en la práctica los Estados pueden tener motivos diversos para adherirse al texto de una resolución (o para rechazarlo): en efecto, «el apoyo a las resoluciones declaratorias de derecho [...] debería evaluarse a la luz de las condiciones que rodean ese acto. No es en absoluto evidente que la votación a favor de una resolución declaratoria de derecho sea en sí misma una prueba concluyente de la creencia de que la resolución expresa una norma jurídica»[271]. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en relación con las resoluciones de la Asamblea General,

> aunque no son vinculantes, [esas resoluciones] pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo[272].

Si bien es indispensable analizar los términos y las circunstancias específicas de la adopción de una determinada resolución, puede sugerirse que, en general, cuando hay «numerosos votos en contra y abstenciones» de los

(*Continuación de la nota 268.*)

International Law», pág. 668 («Los tratados pueden, en distintas circunstancias, ser prueba del cumplimiento de ambas condiciones y, en otras circunstancias, prueba de lo contrario»); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», págs. 9 y 10; Thirlway, *Sources of International Law*, pág. 71; Declaración de Londres (nota 42 *supra*), págs. 47 y 48 («No existe ninguna presunción de que una sucesión de disposiciones similares en tratados dé lugar a una nueva norma consuetudinaria con ese contenido»).

[269] Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 99 a 101 («Esta *opinio juris* puede, con las debidas precauciones, deducirse en particular de la actitud de las partes y de otros Estados respecto a ciertas resoluciones de la Asamblea General. [...] El consentimiento respecto al texto de esas resoluciones [...] puede interpretarse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución. [...] La aprobación por los Estados de [una resolución] es un indicio de su *opinio juris* sobre el derecho internacional consuetudinario en la materia»); *Prosecutor v. Tadić*, causa IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia (Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia), 2 de octubre de 1995, párrs. 111 y 112; *Libyan American Oil Company* (*LIAMCO*) *v. Government of the Libyan Arab Republic*, laudo arbitral (1977), ILR, vol. 62, pág. 188 («dichas resoluciones, aunque no son una fuente unánime de derecho, constituyen pruebas de la reciente tendencia dominante en la opinión internacional respecto del derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales»); *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, laudo arbitral (1977), ILR, vol. 53, págs. 491 a 495; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», págs. 210 y 211; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 65 («Se sugiere [...] que, de hecho, los propios debates y las declaraciones formuladas en nombre de los Estados miembros en esos debates siempre tendrán mayor pertinencia que la resolución»); Pellet, «Article 38», págs. 817 y 825 («En el caso de la determinación de una norma consuetudinaria del derecho internacional general [...] se sugiere que [las resoluciones aprobadas por los órganos de las organizaciones internacionales] pertenecen en mayor medida a la manifestación de la *opinio juris* que a la formación de la práctica [...] al ponderar su valor jurídico, lo importante no es lo que en *ellas* se dice, sino lo que *los Estados* han dicho sobre ellas»); Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, pág. 260 («Las resoluciones de la Asamblea General pueden ser un mecanismo eficiente para buscar [...] una *opinio juris*, habida cuenta en particular de la fastidiosa tendencia de los Estados de omitir cualquier debate sobre ese concepto en su intercambio diplomático bilateral»); Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/22/44), 24 de diciembre de 2012, párr. 43. Véanse también las conclusiones de la comisión del Instituto de Derecho Internacional sobre la elaboración de convenciones multilaterales generales y de instrumentos no contractuales con función o propósito normativos en relación con las resoluciones de la Asamblea General (sesión de El Cairo, *Annuaire*, vol. 62, t. II (París, Pedone, 1987), pág. 65)): «Una resolución declaratoria de derecho tiene por objetivo afirmar una norma jurídica existente. En particular, puede ser un medio para determinar o interpretar el derecho internacional, puede constituir un elemento de prueba de la costumbre internacional o puede enunciar principios generales del derecho» (conclusión 4); «Una resolución puede constituir una prueba del derecho consuetudinario o de uno de sus elementos (práctica generadora de costumbre, *opinio juris*), en particular cuando esa ha sido la intención de los Estados al aprobar la resolución o cuando los procedimientos aplicados han conducido a la elaboración de una exposición de normas jurídicas» (conclusión 20); «La prueba [de la costumbre internacional] proporcionada por una resolución es refutable» (conclusión 21). Rosenne ha señalado que, «a fin de determinar si un Estado concreto ha dado efectivamente su consentimiento a esa resolución, en su totalidad o en parte, es necesario examinar de cerca todo el procedimiento seguido en el órgano que aprobó la resolución» (*Practice and Methods of International Law*, pág. 112).

[270] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 99, párr. 188, y pág. 184 (opinión separada del magistrado Ago) («Asimismo, me siento obligado a expresar mis dudas respecto de la idea [...] de que la aceptación de ciertas resoluciones o declaraciones formuladas en el marco de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, así como en otros contextos, puede considerarse una prueba concluyente de la existencia, en los Estados en cuestión, de una *opinio juris* concordante con la fuerza de una auténtica norma de derecho internacional consuetudinario»). Véanse también las directrices 3.1.5.3 (*Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria*) y 4.4.2 (*Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario*) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 1).

[271] Schachter, «Entangled Treaty and Custom», pág. 730. Véase también Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 112 («La mayoría de las veces, el voto es una indicación de una aspiración política y no una manifestación de la creencia de que el derecho impone efectivamente tal voto o contiene un elemento de *opinio juris sive necessitatis* [...] o que la resolución es una exposición de normas jurídicas»); Hannikainen, «The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law», pág. 138 («La inmensa mayoría de las resoluciones de las organizaciones internacionales son, formalmente, solo recomendaciones. Esto lo saben bien los Estados, que pueden tener motivos muy diferentes para votar a favor de una resolución. Entre esos motivos pueden figurar la conveniencia política y el deseo de no ser señalado como disidente. Incluso si una resolución emplea terminología jurídica y habla de obligaciones de todos los Estados, el voto afirmativo de un Estado no puede considerarse prueba definitiva de una *opinio juris*»).

[272] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 254 y 255. Véase también la opinión resumida del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Sedco, Inc., v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* (1986): «Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no son directamente vinculantes para los Estados y, por lo general, no son pruebas del derecho consuetudinario. Sin embargo, se acepta con carácter general que esas resoluciones, en ciertas circunstancias específicas, pueden considerarse pruebas del derecho internacional consuetudinario o pueden contribuir, entre otros factores, a la creación de ese derecho» (ILM, vol. 25, págs. 633 y 634).

Estados, no existe una *opinio juris* general sobre el carácter normativo de la resolución; en otras palabras, dicha resolución «dista de establecer la existencia de una *opinio juris*»[273]. Asimismo, una resolución aprobada por unanimidad (o por una mayoría abrumadora y representativa) puede ser una prueba de una convicción jurídica generalizada[274]. Además, cuando un Estado no solo se abstiene de formular objeciones a la aprobación de una resolución declaratoria de derecho, sino que asume también un papel activo en su aprobación, se puede considerar que ha «aceptado como derecho» el contenido normativo de esta[275]. Por último, puede ocurrir que «una serie de resoluciones [que contengan declaraciones concordantes] muestre la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma»[276]; por supuesto, esto también dependerá de las circunstancias particulares[277].

77. *La inacción como prueba del elemento subjetivo*. La «aceptación como derecho» también puede determinarse mediante la inacción o abstención, cuando estas conductas suponen un asentimiento o aquiescencia a una práctica[278]. En palabras de Gerald Fitzmaurice,

> evidentemente, la falta de oposición solo tiene relevancia en la medida en que permite presumir el consentimiento, la aquiescencia o

[273] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 255, párr. 71.

[274] Véase también *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (*South West Africa*) *notwithstanding Security Council Resolution 276* (*1970*), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 79 (opinión separada del vicepresidente Fouad Ammoun); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 235 y 236 (opinión separada del magistrado Al-Khasawneh); Barboza, «The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», pág. 5 («La probabilidad de que ese tipo de [resoluciones normativas de la Asamblea General] sirvan como declaración de derecho consuetudinario, o como base para la formación de una costumbre, depende precisamente de la mayoría que la respalde. Si se aprobaron por unanimidad, o por consenso, representan mejor la opinión internacional imperante que los tratados multilaterales, que tienen un número relativamente limitado de partes»).

[275] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 133, párr. 264.

[276] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 255, párr. 70; véase también pág. 532 (opinión disidente del magistrado Weeramantry) («Las declaraciones de la Asamblea General, principal órgano representativo de la comunidad mundial, no constituyen derecho por sí mismas, pero, cuando se reiteran en forma continua, [pueden] afianzar considerablemente la opinión [sobre qué constituye una norma de derecho internacional consuetudinario]»); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 236 (opinión separada del magistrado Al-Khasawneh) («[un gran número de resoluciones aprobadas por mayorías abrumadoras o por consenso que formulan reiteradamente la misma declaración], aunque no son vinculantes, producen no obstante efectos jurídicos e indican una manifestación constante de la *opinio juris* de la comunidad internacional»); *South West Africa* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 292 (opinión disidente del magistrado Tanaka) («Evidentemente, no podemos admitir que resoluciones, declaraciones, sentencias, decisiones, etc., tengan por separado fuerza vinculante para los miembros de la organización [internacional]. Lo que requiere el derecho internacional consuetudinario es la repetición de la misma práctica; en consecuencia, en este caso es necesario que se hayan adoptado de manera reiterada resoluciones, declaraciones, etc., sobre el mismo tema en la misma organización o en organizaciones distintas. Con esa repetición, y dado que cada resolución, declaración, etc., se considera una manifestación de la voluntad colectiva de los distintos Estados participantes, la voluntad de la comunidad internacional puede formularse ciertamente de manera más rápida y precisa que con el método tradicional del proceso normativo. Este proceso colectivo, acumulativo y orgánico de creación de costumbre puede calificarse de vía intermedia entre legislar por medio de convenciones y el proceso tradicional de creación de la costumbre, y cabe considerar que desempeña un papel importante en el desarrollo del derecho internacional. En resumen, la acumulación de pronunciamientos autorizados de órganos competentes de la comunidad internacional sobre la interpretación de la Carta, como resoluciones, declaraciones, decisiones, etc., puede considerarse una prueba de la costumbre internacional mencionada en el Artículo 38, párrafo 1 *b*)»); Suy, «Innovation in international law-making processes», pág. 190 («la [*opinio juris*] también puede surgir [...] mediante la mera repetición de principios en resoluciones posteriores aprobadas por los Estados»). Véase, sin embargo, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 112 («Hoy en día hay tendencia a que los programas de los órganos internacionales sean excesivamente repetitivos, y las votaciones repetidas son un reflejo inerte de una decisión de política adoptada cuando la cuestión se sometió por primera vez a debate»). Compárese con *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 99 (opinión separada del vicepresidente Fouad Ammoun) («La Asamblea General ha afirmado la legitimidad de esa lucha [para liberarse de la dominación extranjera] en al menos cuatro resoluciones [...] que, consideradas en su conjunto, constituyen una costumbre») y pág. 121 (opinión separada del magistrado Dillard) («incluso si una resolución concreta de la Asamblea General no es vinculante, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones con un contenido similar, votadas con frecuencia por mayorías abrumadoras y repetidas durante cierto período de tiempo, puede dar lugar a una *opinio juris* general y, por tanto, constituir una norma de derecho internacional consuetudinario»).

[277] Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 254 y 255 y págs. 319 y 320 (opinión disidente del magistrado Schwebel) («[Las resoluciones de la Asamblea General] aprobadas por distintas mayorías, contra los deseos de una oposición fuerte, sostenida y cualitativamente importante [...] que proviene de los Estados que reúnen gran parte del poder militar y económico del mundo y un porcentaje significativo de su población, es más que suficiente para privar de autoridad legal a las resoluciones [de la Asamblea General] en cuestión. [...] La repetición de resoluciones de la Asamblea General de este mismo tenor [...] más bien demuestra lo que el derecho no es. Frente a una oposición constante e importante, la repetición de resoluciones de la Asamblea General es señal de inefectividad en la formación del derecho, al igual que a los efectos prácticos»); *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 435 y 436 (opinión disidente del magistrado Barwick) («[puede que] las resoluciones de las Naciones Unidas y otras expresiones de la opinión internacional, por muy frecuentes, numerosas y enérgicas que sean, no sean suficientes para justificar la tesis de que el derecho internacional consuetudinario comprende ahora [cierta norma]»). Véase también Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 112 («El consenso es un concepto particularmente engañoso, ya que con frecuencia el elemento formal de la no votación oculta numerosas reservas en la tramitación previa, y a menudo solo significa un acuerdo sobre las palabras que se emplearán y su lugar en la oración y una falta de acuerdo, o incluso un desacuerdo, sobre su significado y sobre el propósito del documento en su conjunto»); Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 59.

[278] Véase, por ejemplo, *Interpretation of Peace Treaties* (segunda fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 242 (opinión disidente del magistrado Read) («El hecho de que ningún Estado haya adoptado esta posición [es decir, que un Estado parte en una controversia pueda impedir que esta se someta a arbitraje al abstenerse de nombrar a un representante en la Comisión] es la confirmación más firme del uso o práctica internacional en materia de arbitraje expuesto más arriba»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 232 (opinión disidente del magistrado Lachs); Argentina, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (Corte Suprema de Justicia), causa 16.063/94, 2 de noviembre de 1995, párr. 90. Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 48 («el hecho de tolerar una práctica de otros Estados justifica, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, la presunción de su aceptación como derecho»); Charney, «Universal international law», pág. 536. El magistrado Hudson calificó «el hecho de que otros Estados no cuestionaran esa concepción [del Estado que había actuado, en el sentido de que la práctica en cuestión venía impuesta por el derecho] en ese momento», como uno de los elementos del derecho internacional consuetudinario (Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920−1942 — a Treatise*, pág. 609).

la tolerancia de los demás Estados interesados; por sí sola, no entraña necesariamente tal cosa. Solo es así cuando se requiere la oposición para evitar que, en defecto de ella, se presuma el consentimiento o la aquiescencia. No ocurre así, en particular, cuando la práctica o el uso de que se trate no haya llegado a conocimiento de otros Estados o, en todo caso, cuando carezca de una notoriedad que haga presumir su conocimiento; no es así, tampoco, cuando el uso o la práctica se presente en forma tal que, racionalmente, no sea posible a otros Estados conocer su verdadero carácter[279].

78. La práctica contradictoria (es decir, la práctica que no se ajusta a la presunta norma de derecho internacional consuetudinario) puede ser una prueba de la falta de «aceptación como derecho»[280], al igual que puede servir para evitar que cierta práctica se considere asentada. Sin embargo, la práctica que no se ajusta a una norma puede ser una ocasión para reafirmar una *opinio juris* si esa acción se justifica en términos que apoyan la norma consuetudinaria[281].

79. La prueba de la «aceptación como derecho» por un Estado en particular (o una organización internacional) puede no ser uniforme; por ejemplo, «los gobiernos y los tribunales nacionales de un mismo Estado pueden tener diferentes opiniones sobre la misma cuestión, lo que dificulta aún más la determinación de la *opinio juris* de ese Estado»[282]. Al igual que con la práctica, esa ambivalencia podría socavar la importancia de la *opinio juris* de ese Estado (u organización intergubernamental) al tratar de determinar si existe o no una norma de derecho internacional consuetudinario.

80. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

«*Proyecto de conclusión 11. Prueba de la aceptación como derecho*

1. La prueba de la aceptación de una práctica general como derecho puede asumir una gran diversidad de formas, que pueden variar según la naturaleza de la norma y las circunstancias en que esta deba aplicarse.

2. Las formas de la prueba incluyen, entre otras cosas, las declaraciones de los Estados que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario, la correspondencia diplomática, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos, las publicaciones oficiales en ámbitos del derecho internacional, la práctica en materia de tratados y los actos relativos a las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales y de conferencias internacionales.

3. La inacción también puede constituir prueba de la aceptación como derecho.

4. El hecho de que un acto (o una inacción) de un Estado establezca la existencia de una práctica a los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que ese mismo acto constituya una prueba de que la práctica en cuestión se acepta como derecho.»

[279] G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951−54…», pág. 33. Véase también *S.S.* «Lotus», *1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, pág. 28 («solo en el caso de que esas abstenciones se hubieran basado en la convicción de esos Estados de que tenían el deber de abstenerse, sería posible hablar de una costumbre internacional»); *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 42, párr. 73 («El hecho de que esa no ratificación pueda deberse en ocasiones a factores distintos de una oposición activa a la convención en cuestión difícilmente puede servir de base para deducir una aceptación positiva de sus principios: los motivos son conjeturales, pero los hechos permanecen»). Danilenko subraya que «con arreglo al derecho internacional vigente, la ausencia de protesta solo equivale a una aquiescencia si la práctica afecta a intereses [(directos o indirectos)] y derechos de un Estado inactivo» (*Law-Making in the International Community*, pág. 108).

[280] Véase, por ejemplo, *Nuclear Tests* (*Australia v. France*), fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén) («La conducta de estos Estados [que han realizado ensayos nucleares atmosféricos] demuestra que sus gobiernos no opinaban que el derecho internacional consuetudinario prohibiese los ensayos nucleares atmosféricos»).

[281] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 106, 108 y 109, párrs. 202 y 207.

[282] *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 171 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert).

Capítulo VI

Programa de trabajo futuro

81. Como ya se anunció[283], en el tercer informe, que se presentará en 2015, se continuará con el debate sobre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario («una práctica general»; «aceptada como derecho») y la relación entre ellos a la luz de los avances sobre el tema realizados en 2014. En dicho informe se abordarán con más detalle algunos aspectos concretos mencionados en el presente informe, en particular la función de los tratados, las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales y las organizaciones internacionales en general. En el tercer informe también se abordará la norma del «objetor persistente» y el derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional», así como la «costumbre bilateral».

82. Como se recordó en el primer informe, en sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950 respectivamente, la Comisión, de conformidad con el mandato del artículo 24 de su Estatuto, incluyó en su programa un tema titulado «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario»[284]. Ello dio lugar a una serie de recomendaciones, que fueron aprobadas por la

[283] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párr. 102.

[284] Ibíd., párr. 9.

Asamblea General y que a día de hoy aún conservan su importancia[285].

83. Como se mencionó anteriormente, la diseminación y localización de la práctica (y la *opinio juris*) sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno[286]. Se propone, por tanto, que los proyectos de conclusión se complementen con indicaciones sobre dónde y cómo encontrar la práctica y la aceptación como derecho. En esas indicaciones se describirían los distintos lugares en que podría encontrarse la práctica y la *opinio juris*, por ejemplo en compilaciones y otras publicaciones de Estados concretos, así como en publicaciones sobre la práctica en ámbitos específicos del derecho internacional.

84. El objetivo del Relator Especial sigue siendo presentar un informe final en 2016, con proyectos revisados de conclusiones y comentarios que tengan en cuenta los debates y decisiones de 2014 y 2015, pero reconoce que, como han expresado algunos miembros de la Comisión, se trata de un programa de trabajo ambicioso.

[285] Véase también ibíd., documento A/CN.4/659, párrs. 9 a 11; e ibíd., documento A/CN.4/663, párr. 9.

[286] Véase, por ejemplo, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, págs. 58 a 61; Corten, *Métholodologie du droit international public*, págs. 149 a 178.

Anexo

Proyectos de conclusión propuestos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Proyecto de conclusión 1. Alcance

1. Los presentes proyectos de conclusión se refieren a la metodología para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2. Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la metodología relativa a otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).

Proyecto de conclusión 2. Términos empleados

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

a) Por «derecho internacional consuetudinario» se entenderán aquellas normas de derecho internacional que se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan;

b) Por «organización internacional» se entenderá una organización intergubernamental;

c) …

Segunda parte

DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Proyecto de conclusión 3. Enfoque básico

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido, es necesario comprobar que existe una práctica general aceptada como derecho.

Proyecto de conclusión 4. Valoración de la prueba

Al valorar la prueba de la existencia de una práctica general aceptada como derecho, debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso.

Tercera parte

UNA PRÁCTICA GENERAL

Proyecto de conclusión 5. Función de la práctica

El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 6. Atribución de la conducta

La práctica del Estado consiste en una conducta que es atribuible a un Estado, ya sea en el ejercicio de funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

Proyecto de conclusión 7. Formas de la práctica

1. La práctica puede asumir una gran variedad de formas e incluye tanto actos físicos como verbales.

2. Las manifestaciones de la práctica incluyen, entre otras cosas, la conducta de los Estados «sobre el terreno», la correspondencia y los actos diplomáticos, la legislación, las sentencias de los tribunales nacionales, las publicaciones oficiales sobre derecho internacional, las declaraciones formuladas en nombre de los Estados relativas a la labor de codificación, la práctica relacionada con los tratados y los actos relativos a las resoluciones de los órganos de organizaciones y conferencias internacionales.

3. La inacción también puede constituir práctica.

4. Los actos (o la inacción) de organizaciones internacionales también pueden constituir práctica.

Proyecto de conclusión 8. Ponderación de la prueba de la práctica

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

2. Se tendrá en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate. En los casos en que los órganos del Estado no hayan adoptado una posición unánime, se otorgará menos peso a su práctica.

Proyecto de conclusión 9. La práctica debe ser general y uniforme

1. Para que se establezca la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser general, lo que significa que ha de estar suficientemente extendida y ser suficientemente representativa. No es necesario que la práctica sea universal.

2. La práctica debe ser uniforme en general.

3. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea lo suficientemente general y uniforme.

4. Al examinar la práctica, se ha de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados.

Cuarta parte

ACEPTADA COMO DERECHO

Proyecto de conclusión 10. Función de la aceptación como derecho

1. El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho significa que la práctica en cuestión debe ir acompañada de la creencia de que se trata de una obligación jurídica.

2. La aceptación como derecho es lo que distingue a una norma de derecho internacional consuetudinario de un simple hábito o uso.

Proyecto de conclusión 11. Prueba de la aceptación como derecho

1. La prueba de la aceptación de una práctica general como derecho puede asumir una gran diversidad de formas, que pueden variar según la naturaleza de la norma y las circunstancias en que esta deba aplicarse.

2. Las formas de la prueba incluyen, entre otras cosas, las declaraciones de los Estados que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario, la correspondencia diplomática, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos, las publicaciones oficiales en ámbitos del derecho internacional, la práctica en materia de tratados y los actos relativos a las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales y de conferencias internacionales.

3. La inacción también puede constituir prueba de la aceptación como derecho.

4. El hecho de que un acto (o una inacción) de un Estado establezca la existencia de una práctica a los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que ese mismo acto constituya una prueba de que la práctica en cuestión se acepta como derecho.