

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

2013

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del sexagésimo  
quinto período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS



ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

2013

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del sexagésimo  
quinto período de sesiones*



## Advertencia

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario... 2012*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

\*

\* \*

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 65.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
<i>Número de venta:</i> S.18.V.4
ISBN 978-92-1-333467-6 e-ISBN 978-92-1-047208-1
ISSN 0497-9885 e-ISSN 2411-9857

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas .....	iv
Nota referida a las citas .....	v
<b>Protección de las personas en casos de desastre</b> (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/662.</i> Sexto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial .....	1
<b>Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado</b> (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/661.</i> Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial .....	39
<b>Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados</b> (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/660.</i> Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial...	57
<b>Aplicación provisional de los tratados</b> (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/664.</i> Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial .....	89
<i>Documento A/CN.4/658.</i> Memorando de la Secretaría .....	99
<b>Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario</b> (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/663.</i> Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial .....	117
<i>Documento A/CN.4/659.</i> Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema .....	157
<b>Lista de documentos del 65.º período de sesiones</b> .....	179

## Abreviaturas y siglas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
CAO	Comunidad de África Oriental
CE	Comunidad Europea
CEDEAO	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
OCAH	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMS	Organización Mundial de la Salud
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNISDR	Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres

\*

\*   \*

<i>C.I.J. Mémoires/ I.C.J. Pleadings</i>	Corte Internacional de Justicia, <i>Mémoires, plaidoiries et documents/Pleadings, oral arguments, documents</i>
<i>C.I.J. Recueil/ I.C.J. Reports</i>	Corte Internacional de Justicia, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances/Judgements, advisory opinions and orders</i>
<i>C.I.J. Resúmenes 1948-1991</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5)
<i>C.I.J. Resúmenes 1992-1996</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7)
<i>C.I.J. Resúmenes 1997-2002</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.V.12)
<i>C.I.J. Resúmenes 2003-2007</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 2003-2007</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.08.V.6)
<i>C.I.J. Resúmenes 2008-2012</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 2008-2012</i> (publicación de las Naciones Unidas, ST/LEG/SER.F/1/Add.5)
<i>C.P.J.I. série A/P.C.I.J. Series A</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional, <i>Recueil des arrêts/Collection of Judgements</i> (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série A/B/P.C.I.J. Series A/B</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs/ Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)
<i>C.P.J.I. série B/P.C.I.J. Series B</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional, <i>Recueil des avis consultatifs/Collection of Advisory Opinions</i> (n.ºs 1 a 18, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série C/P.C.I.J. Series C</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional, <i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour/Acts and Documents relating to Judgments and Advisory Opinions given by the Court</i> (hasta 1930 inclusive) <i>Plaidories, exposés oraux et documents/Pleadings, oral arguments, documents</i> (n.ºs 52 a 88, a partir de 1931)

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (París)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> (Washington D. C.)
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law</i> (Londres)
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington D. C.)
ILR	<i>International Legal Reports</i> (Cambridge)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (París)
RSA	Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i>

\*

\*   \*

En el presente volumen, por «Tribunal Penal Internacional para Rwanda» debe entenderse el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y por «Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991.

\*

\*   \*

### **NOTA REFERIDA A LAS CITAS**

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

\*

\*   \*

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es <http://legal.un.org/ilc/>.



# PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/662

## Sexto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial

[Original: inglés]  
[3 de mayo de 2013]

### ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe .....		2
Obras citadas en el presente informe .....		3
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN .....	1-10	5
PREVENCIÓN .....	11-162	6
A. Desarrollo histórico del concepto de reducción del riesgo de desastres .....	11-35	6
B. La prevención como principio de derecho internacional .....	36-69	10
1. Derecho de los derechos humanos .....	42-53	12
2. Derecho ambiental .....	54-69	14
a) Diligencia debida .....	61-65	15
b) Principio de precaución .....	66-69	17
C. Cooperación internacional en materia de prevención .....	70-112	17
1. Instrumentos bilaterales .....	76-81	19
2. Instrumentos multilaterales .....	82-112	20
a) Instrumentos universales .....	85-93	21
b) Instrumentos regionales .....	94-112	23
D. Política y legislación nacionales .....	113-161	27
1. Prevención de los riesgos .....	123-140	30
a) Evaluación de los riesgos .....	124-130	30
b) Reunión y difusión de información sobre riesgos .....	131-136	31
c) Controles del uso de la tierra .....	137-140	32
2. Mitigación de los daños .....	141-144	33
a) Las normas de construcción .....	142	33
b) Seguros .....	143-144	33
3. Preparación .....	145-161	33
a) Marco institucional .....	146-149	34
b) Financiación .....	150	34
c) Preparación y educación de la comunidad .....	151-152	35
d) Alerta temprana .....	153-161	35
E. Propuestas de proyectos de artículos .....	162	37



## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

## Fuente

Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro (Ginebra, 12 de julio de 1927)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 135, n.º 3115, pág. 247.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) (Roma, 25 de marzo de 1957)	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> C 83/47, 30 de marzo de 2010.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada de 2006 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, <i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> C 325, 29 de diciembre de 2006.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Londres, México D.F., Moscú y Washington, 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, n.º 15749, pág. 120.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, n.º 26164, pág. 371.
Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Ibíd., vol. 1522, n.º 26369, pág. 65.
Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1439, n.º 24404, pág. 275.
Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, n.º 24643, pág. 187.
Convención para Regular las Actividades relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	RGDIP, vol. 93 (1989/1), pág. 182. Véase también ILM, vol. 27 (1988), pág. 859.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Convención de Bamako relativa a la Prohibición de la Importación a África, la Fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y la Gestión dentro de África de Desechos Peligrosos (Bamako, 30 de enero de 1991)	Ibíd., vol. 2101, n.º 36508, pág. 177.
Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Ibíd., vol. 1989, n.º 34028, pág. 309. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 261, pág. 31435.
Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre (Puerto España, 26 de febrero de 1991)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2256, n.º 40212, pág. 53.
Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)	OEA, <i>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/49 (SEPF).
Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1936, n.º 33207, pág. 269.

## Fuente

Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 2105, n.º 36605, pág. 457. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 61, 11 de marzo de 2000.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1771, n.º 30822, pág. 107.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 79.
Acuerdo de Cooperación sobre el Pronóstico, la Prevención y la Mitigación de los Desastres Naturales y Tecnológicos (Viena, 18 de julio de 1992)	Disponible en <a href="http://www.biiicl.org/files/4299_cei_cooperation_agreement.pdf">www.biiicl.org/files/4299_cei_cooperation_agreement.pdf</a> .
Convenio sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores, 1993 (n.º 174), OIT (Ginebra, 22 de junio de 1993)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1967, n.º 33639, pág. 231. En español, véase OIT, <i>Boletín Oficial</i> , vol. LXXVI, Serie A, 1993, pág. 92.
Convención sobre Seguridad Nuclear (Viena, 20 de septiembre de 1994)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1963, n.º 33545, pág. 293.
Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (París, 14 de octubre de 1994)	Ibíd., vol. 1954, n.º 33480, pág. 3.
Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49</i> , vol. III, resolución 51/229, anexo.
Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados Participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre Colaboración en materia de Asistencia y Respuesta de Emergencia en Caso de Desastre Natural o Provocado por el Hombre (Sochi, 15 de abril de 1998)	Disponible en <a href="http://www.bsec-organization.org">www.bsec-organization.org</a> .
Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2296, n.º 40906, pág. 5.
Acuerdo entre los Estados Miembros y Miembros Asociados de la Asociación de Estados del Caribe para la Cooperación Regional en Materia de Desastres Naturales (Santo Domingo, 17 de abril de 1999)	Disponible en <a href="http://www.acs-aec.org/index.php?q=es/documentos/osg/1999/acuerdo-entre-los-estados-miembros-y-miembros-asociados-de-la-asociacion-de-esta">www.acs-aec.org/index.php?q=es/documentos/osg/1999/acuerdo-entre-los-estados-miembros-y-miembros-asociados-de-la-asociacion-de-esta</a> .
Tratado Constitutivo de la Comunidad de África Oriental (Arusha, 30 de noviembre de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2144, n.º 37437, pág. 255.
Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2172, n.º 38131, pág. 213.
Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000)	Ibíd., vol. 2158, n.º 37733, pág. 3.
Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (Vientiane, 26 de julio de 2005)	ASEAN, <i>Documents Series 2005</i> , pág. 157.
Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Lisboa, 13 de diciembre de 2007)	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> C 306, 17 de diciembre de 2007, pág. 1.

---

**Obras citadas en el presente informe**

BANCO MUNDIAL <i>Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia. Un aporte para la construcción de políticas públicas</i> , Banco Mundial, Bogotá, 2012.	CAMERON, Linda «Environmental risk management in New Zealand – is there scope to apply a more generic framework?», <i>New Zealand Treasury Policy Perspectives Paper 06/06</i> , 2006.
BARNIDGE, Robert Perry Jr. «The due diligence principle under international law», <i>International Community Law Review</i> , vol. 8, n.º 1 (2006).	CONDORELLI, Luigi «The imputability to States of acts of international terrorism», <i>Israel Yearbook on Human Rights</i> , vol. 19 (1989).
BAUM, Marsha <i>When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law</i> , Westport (Connecticut), Praeger, 2007.	DRAKOPOULOS, J. y S. TASSOS «Earthquakes and their social, economic and legal implications», <i>Proceedings of the Seminar on Earthquake Preparedness</i> , Athens,

- 11–14 January 1983, Ginebra, Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre, 1984.
- FARBER, Daniel A. y Jim CHEN,  
*Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- FEINBERG, David L.  
 «Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 13, n.º 3 (2005–2006).
- FISHER, David  
*Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, Ginebra, FICR, 2007.
- FRANCIS, Julian  
 «Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster», en C. Ray Kumar y D. K. Srivastava (eds.), *Tsunami and Disaster Management: Law and Governance*, Hong Kong (China), Sweet & Maxwell Asia, 2006.
- FORTUN, Kim  
 «Environmental right-to-know and the transmutations of law», en Austin Sarat y Javier Lezaun (eds.), *Catastrophe: Law, Politics and The Humanitarian Impulse*, Amherst, University of Massachusetts Press, 2009.
- GARCIA, Márcio Pereira Pinto  
 «Famine as a catastrophe: the role of international law», en David D. Caron y Charles Leben (eds.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, Dordrecht, Kluwer 2001.
- GESTRI, Marco  
 «EU Disaster response law: principles and instruments», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 105 a 175.
- GREEN, Stephen  
*International Disaster Relief: Towards a Responsive System*, Nueva York, McGraw-Hill Book Company, 1977.
- HAND, Jacqueline  
 «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 1, n.º 1 (2003).
- HARDING, Ronnie y Elizabeth FISHER (eds.)  
*Perspectives on the Precautionary Principle*. Sydney, Federation Press, 1995.
- HESSBRUEGGE, Jan Arno  
 «The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law», *Journal of International Law and Politics* (primer semestre de 2004), vol. 36, n.ºs 2/3, págs. 265 a 306.
- KÄLIN, Walter y Claudine Haenni DALE  
 «Disaster risk mitigation – why human rights matter», *Forced Migration Review*, n.º 31 (2008).
- KENT, George  
 «The human right to disaster mitigation and relief», *Environmental Hazards*, vol. 3, 2001.
- KRIEBAUM, Ursula  
 «Prevention of human rights violations», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, n.º 1 (1997).
- LA VACCARA, Alessandra  
 «An enabling environment for disaster risk reduction», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 199 a 220.
- MCINERNEY-LANKFORD, Siobhan, Mac DARROW y Lavanya RAJAMANI  
*Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions*, Washington, D.C., Banco Mundial, 2011.
- MORETEAU, Olivier  
 «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», *American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (2010).
- NICOLETTI, Barbara  
 «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 177 a 198.
- NOWAK, Manfred  
*UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2.ª ed. rev., Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2005.
- NOWAK, Manfred y Walter SUNTINGER  
 «International mechanisms for the prevention of torture», en Arie Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak y Allan Rosas (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo  
 «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», *German Yearbook of International Law*, vol. 35 (1992).
- «Forms of international responsibility for environmental harm», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991.
- ROMANO, P. R. Cesare  
 «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», en David D. Caron y Charles Leben (eds.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles/The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, Dordrecht, Kluwer, 2001.
- SAMUELS, J. W.  
 «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», en Lynn H. Stephens y Stephen J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, Nueva York, New York University Press, 1979.
- SUNSTEIN, Cass R.  
*Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- SUTTON, Jeannette y Kathleen TIERNEY  
 «Disaster preparedness: concepts, guidance and research», informe preparado para la Fritz Institute “Assessing Disaster Preparedness” Conference, Sebastopol (California), 3 y 4 de noviembre de 2006.
- TROUWBORST, Arie  
*Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, n.º 2 (2007).
- UNISDR  
*Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples: Good Practices and Lessons Learned*, Bonn, agosto de 2010.
- VAN BOVEN, Theo  
 «Prevention of human rights violations», en Asbjørn Eide y Jan Helgesen (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address. Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Oslo, Norwegian University Press, 1991.

## Introducción\*

1. En el 64.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2012, el Relator Especial presentó su quinto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre<sup>1</sup>. En ese informe proporcionó un panorama de las opiniones de los Estados y las organizaciones sobre la labor realizada hasta la fecha por la Comisión, así como la explicación de su postura sobre la pregunta que figura en su informe anual de 2011: «¿Incluye este deber de cooperar el deber de los Estados de prestar asistencia cuando lo solicite el Estado afectado?»<sup>2</sup>. El informe profundizaba en el análisis del deber de cooperar y contenía un examen de las condiciones para la prestación de asistencia y de la cuestión de la terminación de la asistencia. En el informe también se proponían los tres nuevos proyectos de artículos siguientes: A (Desarrollo del deber de cooperar)<sup>3</sup>, 13 (Condiciones a la prestación de asistencia)<sup>4</sup> y 14 (Terminación de la asistencia)<sup>5</sup>.

2. La Comisión examinó el quinto informe del 2 al 6 de julio de 2012<sup>6</sup>, y remitió los tres proyectos de artículos al Comité de Redacción. El Comité de Redacción también tuvo ante sí el proyecto de artículo 12 (Derecho a ofrecer asistencia), propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe<sup>7</sup> y que no pudo terminar de examinar en su 63.º período de sesiones, en 2011, por falta de tiempo.

3. El Comité de Redacción, teniendo en cuenta el debate mantenido por la Comisión en sesión plenaria, aprobó provisionalmente los cinco proyectos de artículos siguientes: 5 *bis* (Formas de cooperación), 12 (Ofrecimientos de asistencia), 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa), 14 (Facilitación de la asistencia externa) y 15 (Cese de la asistencia externa).

4. Los cinco proyectos de artículos fueron presentados a la Comisión, reunida en sesión plenaria, en un informe exhaustivo presentado por el Presidente del Comité de Redacción el 30 de julio de 2012<sup>8</sup>. Dada la falta de tiempo para la posterior preparación y aprobación de los correspondientes comentarios, la Comisión tomó nota en esa sesión de los proyectos de artículos 5 *bis* y 12 a 15, en su versión aprobada provisionalmente por el Comité de Redacción. El texto de los cinco proyectos de artículos se reprodujo en un documento de la Comisión<sup>9</sup> y en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones<sup>10</sup>.

5. En noviembre de 2012, en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el capítulo del informe anual de la Comisión dedicado al quinto informe del Relator Especial y el debate que esta última mantuvo al respecto, y se prestó especial atención a los proyectos de artículos 5 *bis* y 12 a 15, en su versión aprobada por el Comité de Redacción. Por su parte, algunas delegaciones se concentraron en los proyectos de artículos A, 12, 13 y 14 tal como habían sido originalmente propuestos por el Relator Especial. Un resumen del debate de la Sexta Comisión ha sido preparado por la Secretaría a solicitud de la Asamblea General (resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, párr. 32)<sup>11</sup>.

6. Según el esquema que servía de fundamento para la recomendación de incluir el presente tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión<sup>12</sup>, el tema se centraría en «la realización de actividades destinadas a la prevención y la mitigación de los efectos de desastres [...] y [...] la prestación de socorro humanitario inmediatamente después de tales desastres»<sup>13</sup>. El esquema consideraba que la clasificación de las actividades fundamentales en esta esfera que se realizaba en la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, y que las dividía en prevención y mitigación de los desastres y preparación, en particular mediante el aumento de la capacidad de alerta temprana, era «en general válida hoy en día»<sup>14</sup>. El esquema también hacía referencia a las conclusiones del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, de 2004, en las que se señalaba que, además de ser una de las tres responsabilidades específicas que incumben a la comunidad internacional, la responsabilidad de prevenir era «la de mayor importancia para la cuestión de que se trata»<sup>15</sup>. Por consiguiente, el alcance *ratione temporis* del tema comprendería «no solo las fases de “respuesta” al desastre, sino también las fases anteriores y posteriores

\* El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a la Representante Especial del Secretario General para la Reducción del Riesgo de Desastres, Margareta Wahlstrom, y su asesor, Marco Toscano-Rivalta, por su aliento y apoyo. Asimismo, expresa su agradecimiento por la asistencia que le prestaron en la preparación del presente informe a Matthias A. Braeunlich, doctorando, Graduate Institute, Ginebra; Melissa Stewart, doctoranda en derecho y especialista en derecho global, Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown, Washington, D.C., y maestranda en derecho, Instituto de Estudios Políticos de París; Trent Buatte, doctorando en derecho, y Josh Doherty, doctorando en derecho y maestrando en humanidades, Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, Washington, D.C.; Emika Tokunaga, doctoranda, Facultad de Política Pública Internacional de la Universidad de Osaka; Amogh Basavaraj, máster en derecho y diplomacia, Amanda Mortwedt, máster en derecho; Katherine Conway, máster en derecho y diplomacia, Yang Fum, máster en derecho y diplomacia, y Suparva Narasimhaiah, máster en derecho, Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Medford (Massachusetts), Estados Unidos; y Paul R. Walegur, La Haya. El Relator Especial también desea expresar su gratitud a Andrea de Guttry, Escuela de Estudios Superiores Sant'Anna, de Pisa (Italia), coeditor de *International Disaster Response Law* (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012), por poner a su disposición, bastante antes de su publicación, el texto de las valiosas contribuciones que figuran en esa obra.

<sup>1</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652.

<sup>2</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 44.

<sup>3</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652, párr. 116.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 181.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 187.

<sup>6</sup> *Ibid.*, vol. I, sesiones 3138.ª a 3142.ª.

<sup>7</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/643, párrs. 44 a 50.

<sup>8</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3152.ª sesión.

<sup>9</sup> Documento A/CN.4/L.812, mimeografiado.

<sup>10</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), nota al párrafo 56.

<sup>11</sup> Véase el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 16 a 25.

<sup>12</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 224, anexo III.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 1.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 225, párr. 6.

<sup>15</sup> *Ibid.*, págs. 225 y 226, párr. 10; véase también el informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», de 2004, documento A/59/565.

al desastre»<sup>16</sup>. Por otra parte, el esquema enumeraba los principios de prevención y mitigación entre los principios básicos en los que se fundan las actividades actuales en la esfera de la protección de personas en casos de desastre. En lo que respecta al primero, «[l]os Estados han de examinar la legislación y las políticas vigentes para integrar las estrategias encaminadas a la reducción de los riesgos de desastres en todos los instrumentos jurídicos, normativos y de planificación, en los planos nacional e internacional, a fin de reducir la vulnerabilidad a los desastres». En cuanto al segundo, «[l]os Estados han de adoptar medidas operacionales para reducir los riesgos de desastres en los planos local y nacional a fin de minimizar los efectos de los desastres tanto dentro como fuera de sus fronteras»<sup>17</sup>.

7. En 2008, en su informe preliminar<sup>18</sup>, el Relator Especial consideró que, respecto de la cuestión del alcance *ratione temporis* del tema, «[p]arece conveniente adoptar un criterio amplio en relación con las fases que deben incluirse en la definición a fin de que exista una cobertura completa desde el punto de vista jurídico». En este sentido, se refirió a «la amplia variedad de cuestiones específicas que plantea la prestación de asistencia en casos de desastre en sus fases sucesivas, no sólo la de respuesta, sino también las anteriores y posteriores: la prevención y la mitigación, por un lado, y la rehabilitación, por otro»<sup>19</sup>. Y llegó a la conclusión de que «[p]ara que su cobertura sea completa, el trabajo sobre el tema debería extenderse a las tres fases de las situaciones de desastre, aunque parecería justificado prestar particular atención a los aspectos relativos a la prevención y mitigación de los desastres, así como a la prestación de asistencia inmediatamente después de que estos ocurran»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, pág. 229, párr. 27.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pág. 231, párr. 34.

<sup>18</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 149, documento A/CN.4/598.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pág. 151, párr. 57.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, pág. 162, párr. 66.

8. En 2009, en su segundo informe<sup>21</sup>, el Relator Especial propuso concentrarse, en la primera etapa de los trabajos, en el desastre propiamente dicho y en las fases inmediatamente posteriores al desastre, aunque destacó que debía entenderse «que [e]llo no obsta[ba] para que, más adelante, la Comisión se ocup[ara] de la preparación en la etapa anterior al desastre»<sup>22</sup>.

9. En 2012, en su quinto informe<sup>23</sup>, el Relator Especial, al resumir las observaciones generales realizadas en la Sexta Comisión durante el debate sobre el informe anual de la Comisión de 2011, indicó que se había sugerido que el alcance que se proponía dar al proyecto de artículos era demasiado limitado con respecto a las situaciones que debían abordarse, por lo que debía ampliarse a un mayor número de actividades de la fase previa a los desastres relacionadas con la reducción de riesgos, la prevención, la preparación y la mitigación<sup>24</sup>. También en ese informe, el Relator Especial abordó la cuestión de la cooperación en materia de preparación, prevención y mitigación respecto de los desastres, observando que «[l]os instrumentos más recientes han pasado de un modelo principalmente centrado en la reacción frente a los desastres a otro basado sobre todo en la prevención y la preparación»<sup>25</sup>.

10. En sus observaciones finales al término del debate que la Comisión mantuvo en 2012 sobre su quinto informe, el Relator Especial expresó su intención de dedicar su siguiente informe a la prevención, mitigación y preparación respecto de los desastres<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, párr. 29.

<sup>23</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, párr. 15, donde se cita una declaración de Polonia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/66/SR.21), párr. 84).

<sup>25</sup> *Ibíd.*, párr. 114.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, vol. I, 3142.ª sesión.

## Prevención

### A. Desarrollo histórico del concepto de reducción del riesgo de desastres

11. La Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre se estableció en 1971 y fue la predecesora de la actual OCAH. Ya en 1973, dicha Oficina inició un proyecto que culminó en la reunión, del 9 al 12 de julio de 1979, de un grupo de expertos integrado por científicos y planificadores especializados en los principales riesgos naturales de origen meteorológico, geológico y geofísico. En su informe, en el que se estudiaban en detalle los desastres naturales y las vulnerabilidades<sup>27</sup>, el grupo de expertos llegó a la conclusión de que

actualmente también se tiene conciencia de que las consecuencias tanto reales como posibles de los riesgos naturales son tan graves y de escala tan crecientemente global que en lo sucesivo deberá prestarse una atención mucho mayor a la planificación y la prevención antes de los desastres<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> UNDRO/EXPGRP/1.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, prólogo.

12. Casi una década después, en 1987, la Asamblea General se centró en la reducción de los desastres, mencionando pérdidas de vidas y daños cada vez mayores y más graves. En su resolución 42/169, de 11 de diciembre de 1987, reconoció

la responsabilidad que incumbe al sistema de las Naciones Unidas de promover la cooperación internacional en el estudio de los desastres naturales de origen geofísico y en la elaboración de técnicas para mitigar los riesgos que se derivan de estos, así como de coordinar el socorro en casos de desastre, la preparación para los desastres y la prevención de desastres, incluidas la predicción y la alerta temprana

y decidió designar el decenio de 1990 como Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales. Asimismo, la Asamblea decidió establecer cinco objetivos concretos, entre ellos

[d]ifundir la información existente y la que se obtenga en el futuro sobre medidas de evaluación, predicción, prevención y mitigación de los desastres naturales [...] y [e]laborar medidas para la evaluación, predicción, prevención y mitigación de los desastres naturales mediante programas de asistencia técnica y transferencia de tecnología, proyectos

de ensayo y actividades de educación y formación adaptados al tipo de riesgo y al lugar de que se trate, y evaluar la eficacia de esos programas.

13. En su resolución 44/236, de 22 de diciembre de 1989, la Asamblea General aprobó el Marco Internacional de Acción del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, una de cuyas secciones estaba dedicada a las medidas que había de adoptar el sistema de las Naciones Unidas. En dicho Marco

[s]e insta a los órganos, organizaciones y organismos del sistema de las Naciones Unidas a que otorguen prioridad en sus actividades operacionales, según proceda y de manera concertada, a la preparación para casos de desastres naturales y a las medidas de prevención, socorro y recuperación a corto plazo.

Asimismo, se reconocía

la importante responsabilidad que incumbe al sistema de las Naciones Unidas en su conjunto de promover la cooperación internacional para mitigar los desastres naturales, proporcionar asistencia y coordinar el socorro y las medidas de preparación para los desastres y la prevención de los mismos.

14. El 19 de diciembre de 1991, transcurrido ya un año del Decenio Internacional, la Asamblea General aprobó su importante resolución 46/182, en cuyo anexo figuraban diversos principios rectores sobre el socorro humanitario, la preparación, la prevención y la transición del socorro a la rehabilitación y el desarrollo. En ella se indicaba que «se debería tratar especialmente de que los gobiernos afectados y la comunidad internacional adoptaran medidas de prevención y preparación en relación con los desastres» (párr. 8). Las secciones II y III del anexo estaban dedicadas a la prevención y la preparación y contenían propuestas sobre las medidas específicas que debían adoptar la comunidad internacional y los Estados.

15. Ese mismo año, la Asamblea General observó que ya había unos 100 Estados que estaban respondiendo al llamamiento efectuado en 1989 de establecer estrategias nacionales para lograr los objetivos del Decenio, e hizo suya una propuesta para convocar una conferencia mundial sobre reducción de los desastres naturales para contribuir a aplicar el Marco Internacional de Acción (véase la resolución 46/149 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1991, párr. 3). La Asamblea General convino en que los objetivos de la conferencia eran examinar los logros del Decenio, intensificar las medidas y los intercambios y «hacer más sensible al público a la importancia de las políticas de reducción de los desastres» (resolución 48/188, párr. 6), reconociendo la función que la reducción de los desastres podía desempeñar en la mejora de la gestión de las emergencias en general y en el fomento de la capacidad nacional de preparación para los desastres y de mitigación de sus efectos.

16. En 1994 se celebró en Yokohama (Japón) la Conferencia Mundial sobre Reducción de los Desastres Naturales. Partiendo del examen de mitad de período del Decenio, la Conferencia culminó en la aprobación de la Estrategia de Yokohama para un mundo más seguro: directrices para la prevención de desastres naturales, la preparación para casos de desastres y la mitigación de sus efectos, y el Plan de Acción<sup>29</sup>. En el Mensaje de Yokohama, los 148 Estados participantes reconocieron que

la prevención de desastres, la mitigación de sus efectos, la preparación y el socorro son cuatro elementos que contribuyen a la ejecución de la política de desarrollo sostenible, la cual a su vez redundará en beneficio de ellos», indicando que «los países deben incluirlos en sus planes de desarrollo y velar por que se adopten medidas complementarias eficaces en los planos comunitario, nacional, subregional, regional e internacional<sup>30</sup>

e hicieron un llamamiento a que se siguiera mejorando la alerta temprana<sup>31</sup>. Asimismo, afirmaron que «para el logro de las metas y los objetivos del Decenio, la prevención de desastres, la mitigación de sus efectos y la preparación para casos de desastre son mejores que la reacción una vez ocurrido uno» y que «la reacción ante un caso de desastre no basta por sí sola»<sup>32</sup>. Para el resto del Decenio y más adelante, se instó a los Estados a que «desarrollar[an] y fortalec[ieran] la capacidad y los recursos nacionales y, cuando proceda, la legislación nacional para la prevención de desastres naturales o de otro tipo, la mitigación de sus efectos y la preparación para esos casos»<sup>33</sup>.

17. En 1999 se puso en marcha la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres como seguimiento del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales y para desarrollar la Estrategia y el Plan de Acción de Yokohama (véase la resolución 54/219 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999). Según la secretaría que estaba encargada de supervisar y orientar la Estrategia, esta «refleja una importante transición del énfasis tradicional en la respuesta a los desastres a la reducción de los desastres, y en efecto trata de promover una “cultura de prevención”»<sup>34</sup>. Esta afirmación es un reflejo del contenido de las principales resoluciones de la Asamblea General relativas a la Estrategia, y hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional generalizada que preste especial atención a la prevención (véanse las resoluciones de la Asamblea General 54/219, de 22 de diciembre de 1999, y 56/195, de 21 de diciembre de 2001, respectivamente).

18. En 2002, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible indicó que

la aplicación, con respecto a la vulnerabilidad a los desastres, la evaluación de riesgos y la gestión de desastres, de un enfoque integrado, inclusivo y que tenga en cuenta peligros múltiples, y que abarque las actividades de prevención, mitigación, preparación, respuesta y recuperación es esencial para que el mundo sea más seguro en el siglo XXI<sup>35</sup>.

19. Un año más tarde, en 2003, el Programa de acción humanitaria, aprobado por la 28.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, se centró en cuatro esferas principales, una de las cuales era reducir el riesgo y los efectos de los desastres y mejorar los mecanismos de preparación y de respuesta. El objetivo final 3.1 del Programa es «reconocer la importancia de reducir el riesgo de desastres y tomar medidas para minimizar sus efectos sobre los grupos de población vulnerables».

<sup>30</sup> *Ibíd.*, anexo II, párr. 2.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, cap. I, resolución I, anexo I, párr. 5.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, cap. III, anexo II, párr. 3.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>34</sup> UNISDR, «What is the International Strategy?» Disponible en [www.unisdr.org/who-we-are/international-strategy-for-disaster-reduction](http://www.unisdr.org/who-we-are/international-strategy-for-disaster-reduction).

<sup>35</sup> *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002*, A/CONF.199/20 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.II.A.1), anexo, párr. 37.

<sup>29</sup> A/CONF.172/9, cap. I, resolución I, anexo I.

20. Ese mismo año, en su resolución 58/214, de 23 de diciembre de 2003, la Asamblea General tomó nota del informe del Secretario General sobre aplicación de la Estrategia Internacional de Reducción de Desastres, en el que se indicaba que

la Estrategia [...] continuará cobrando importancia como un instrumento más visible, reconocido y flexible para reducir el riesgo de los peligros naturales y otros desastres ecológicos y tecnológicos conexos, así como la vulnerabilidad frente a estos<sup>36</sup>.

A tal fin, el Secretario General contemplaba la elaboración de un «marco para la orientación y la supervisión de la reducción de los riesgos de desastres»<sup>37</sup>. El objetivo de este nuevo marco sería «aumentar la comprensión de las prácticas de reducción de riesgo de desastres y su eficacia mediante un proceso participatorio a partir de las prácticas existentes»<sup>38</sup>. El Secretario General concluyó que

[l]a reducción de riesgos de desastre es una solución potente, sin connotaciones negativas, para adaptarse al cambio climático en el plano nacional», y alentó a que se realizaran evaluaciones de los riesgos de desastre para apoyar la nueva estrategia<sup>39</sup>.

21. En febrero de 2004, la Asamblea General reconoció «la urgente necesidad de seguir desarrollando y utilizando los conocimientos científicos y técnicos existentes para reducir la vulnerabilidad a los desastres naturales»<sup>40</sup>. Por consiguiente, decidió «celebrar en 2005 una Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres [...], de modo que se fomenten las deliberaciones especializadas y se logren cambios y resultados concretos»<sup>41</sup>. Partiendo de la Estrategia y el Plan de Acción de Yokohama y del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible<sup>42</sup>, los objetivos de la Conferencia eran intercambiar las «mejores prácticas y enseñanzas para fomentar la reducción de los desastres en el contexto de la consecución del desarrollo sostenible y determinar las deficiencias y los problemas»; «[c]obrar más conciencia sobre la importancia de las políticas de reducción de desastres»; y «[a]umentar la fiabilidad y la disponibilidad de información adecuada sobre los desastres destinada al público y a los organismos de gestión de desastres en todas las regiones»<sup>43</sup>. La Asamblea General subrayó «la importancia de determinar, evaluar y gestionar los riesgos antes de que se produzcan los desastres»<sup>44</sup>.

22. En 2005, los participantes en la Reunión Internacional para examinar la ejecución del Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo, celebrada en Mauricio,

aprobaron la Declaración de Mauricio<sup>45</sup>, en la que destacaron la necesidad de una mayor protección preventiva de los pequeños Estados insulares en desarrollo<sup>46</sup> y consideraron que medidas como la reducción del riesgo de desastres y los sistemas de alerta temprana<sup>47</sup> y el fortalecimiento de la capacidad de adaptación<sup>48</sup> eran iniciativas apropiadas.

23. La Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres tuvo lugar en Kobe, Hyogo (Japón), del 18 al 22 de enero de 2005. Aprobó la Declaración de Hyogo<sup>49</sup> y el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres<sup>50</sup>. El Marco de Acción de Hyogo se concibió como «el primer plan en el que se explica, describe y detalla la labor que deben realizar los diversos sectores y agentes para reducir las pérdidas ocasionadas por los desastres»<sup>51</sup>, y la Conferencia constituyó «una oportunidad excepcional para promover un enfoque estratégico y sistemático de reducción de la vulnerabilidad a los peligros y los riesgos que estos conllevan»<sup>52</sup>. En la Declaración de Hyogo se afirma:

Reconocemos también que deben fomentarse a todos los niveles, desde el individual al internacional, una cultura de prevención de los desastres y de resiliencia, así como estrategias conexas previas a los desastres, que consideramos inversiones sólidas. Las sociedades humanas deben vivir con el riesgo que representan los peligros de la naturaleza. No obstante, no somos en absoluto incapaces de prevenir y mitigar los efectos de los desastres. Podemos y debemos aliviar los sufrimientos que esos peligros entrañan reduciendo la vulnerabilidad de las sociedades. Podemos y debemos seguir aumentando la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres mediante unos sistemas de alerta temprana centrados en el ser humano, las evaluaciones de riesgos, la educación y otras actividades y enfoques proactivos, integrados, multisectoriales y previsores de múltiples peligros en el contexto del ciclo de la reducción de los desastres, que consiste en la prevención, la preparación y la respuesta en caso de emergencia, así como en la recuperación y la rehabilitación. Los riesgos de desastres, los peligros y sus efectos constituyen una amenaza, pero la respuesta adecuada a estos puede y debe llevar a la adopción de medidas para reducir los riesgos y la vulnerabilidad en el futuro<sup>53</sup>.

24. El Marco de Acción de Hyogo volvió a destacar que cada Estado es responsable de adoptar medidas eficaces para reducir los riesgos de desastre, «en particular para la protección de la población que se halla en su territorio»<sup>54</sup>, e hizo suyo el llamamiento contenido en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en el sentido de que:

Se debe incorporar un enfoque integrado de la reducción de los riesgos de desastre que tenga en cuenta amenazas múltiples en las políticas, los planes y los programas relacionados con el desarrollo sostenible y las actividades de socorro, rehabilitación y recuperación posteriores a los desastres y a los conflictos en los países propensos a sufrir desastres<sup>55</sup>.

<sup>36</sup> A/58/277, párr. 1.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 20.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párrs. 59 y 60.

<sup>40</sup> Resolución 58/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>42</sup> A/CONF.199/20, cap. I, resolución 2, anexo.

<sup>43</sup> Resolución 58/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2003, párr. 7, apdos. c a e.

<sup>44</sup> Resolución 59/231 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2004, párr. 11.

<sup>45</sup> A/CONF.207/11 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 05.II.A.4), cap. I, resolución 1, anexo I.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párrs. 3, 4, 6 y 10.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 13.

<sup>49</sup> A/CONF.206/6, cap. I, resolución 1.

<sup>50</sup> *Ibid.*, resolución 2.

<sup>51</sup> Véase [www.unisdr.org/we/coordinate/hfa](http://www.unisdr.org/we/coordinate/hfa).

<sup>52</sup> Véase [www.unisdr.org/we/inform/publications/1037](http://www.unisdr.org/we/inform/publications/1037).

<sup>53</sup> A/CONF.206/6, cap. I, resolución 1, párr. 3.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 4, e *ibid.*, resolución 2, párr. 13, apdo. b.

<sup>55</sup> *Ibid.*, resolución 2, párr. 13, apdo. c.

25. El examen de los progresos en la aplicación de la Estrategia de Yokohama permitió señalar la existencia de deficiencias y retos particulares en esferas fundamentales para elaborar un marco de acción pertinente para la década 2005-2015: *a)* gobernanza: marcos institucionales, jurídicos y normativos; *b)* identificación, evaluación y vigilancia de los riesgos y alerta temprana; *c)* gestión de los conocimientos y educación; *d)* reducción de los factores de riesgo subyacentes; y *e)* preparación para una respuesta eficaz y una recuperación efectiva<sup>56</sup>. Teniendo en cuenta los objetivos de la Conferencia Mundial, el resultado que se pretendía conseguir en los siguientes diez años se formuló así: «la reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto las de vidas como las de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países»<sup>57</sup>.

26. En su resolución 60/195, de 22 de diciembre de 2005, la Asamblea General reconoció que «el Marco de Acción de Hyogo complementa la Estrategia de Yokohama [...] y su Plan de Acción» y pidió (párr. 3)

una integración más efectiva de la reducción de los riesgos de desastres en las políticas, la planificación y la programación del desarrollo sostenible; la creación y el fortalecimiento de instituciones, mecanismos y capacidades para aumentar la resiliencia ante las amenazas, y una incorporación sistemática de criterios de reducción de riesgos en la ejecución de programas de preparación, respuesta y recuperación ante situaciones de emergencia.

27. Ese mismo año, en su resolución 61/200, de 20 de diciembre de 2006, párr. 4, la Asamblea General subrayó:

La importancia de la Declaración de Hyogo y el Marco de Acción de Hyogo, así como la de las acciones prioritarias que los Estados, las organizaciones regionales e internacionales, las instituciones financieras internacionales y otros agentes interesados deberían considerar en su enfoque para la reducción de los riesgos de desastre y poner en práctica, según sus propias circunstancias y capacidades, teniendo presente la importancia vital de promover una cultura de prevención en la esfera de los desastres naturales, especialmente a través de la movilización de recursos suficientes para la reducción de los riesgos de desastre, y de abordar la reducción de dichos riesgos, incluso mediante la preparación para casos de desastre a nivel comunitario, y los efectos adversos de los desastres naturales en los esfuerzos por ejecutar los planes nacionales de desarrollo y las estrategias de lucha contra la pobreza a fin de alcanzar los objetivos de desarrollo internacionalmente convenidos, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

28. En 2007, la Asamblea General aprobó la resolución 61/198, de 20 de diciembre de 2006, en la que (párr. 15):

*Observa* la propuesta de crear una Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres como mecanismo que reemplazará el Equipo de Tareas Interinstitucional sobre Reducción de Desastres y, teniendo en cuenta la aplicación del Marco de Acción de Hyogo, decide que la Plataforma Mundial tendrá el mismo mandato que el referido Equipo de Tareas».

Desde entonces se han celebrado cuatro reuniones de la Plataforma Mundial, en 2007, 2009, 2011 y 2013. La labor preparatoria y de seguimiento de las reuniones de la Plataforma Mundial la dirige la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR), que se creó en 1999 como secretaría de la Estrategia Internacional para la Reducción de los

Desastres (resolución 54/219 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999).

29. En la segunda reunión de la Plataforma Mundial, que se celebró en 2009, los jefes de Estado y de Gobierno destacaron «con palabras fuertes e inequívocas que la reducción del riesgo de desastres es un elemento crítico para la gestión de los efectos del cambio climático», mientras que los países propensos a los riesgos subrayaron que estaban asignando la máxima prioridad a «reducir el riesgo de desastres, y estos desean avanzar rápidamente hacia el diseño y la adopción de políticas y estrategias para abordar sus riesgos»<sup>58</sup>.

30. En el informe de revisión de mediano plazo del Marco de Acción de Hyogo se señaló que «en los últimos cinco años ha habido un creciente impulso político hacia la reducción del riesgo de desastres», como ilustra el debate temático sobre la reducción del riesgo de desastres convocado en 2011 por el Presidente de la Asamblea General, en el que los Estados Miembros solicitaron «más actividades de sensibilización, el mejor uso de experiencias compartidas, [y] la prevención y la planificación previas»<sup>59</sup>. En el informe se observó que existía un compromiso cada vez mayor a nivel nacional en lo que respecta a la reducción del riesgo de desastres y el logro de los objetivos del Marco de Acción de Hyogo, y que la preparación fue la prioridad de acción en que se logró el mayor «éxito»<sup>60</sup>. Asimismo, se destacó que, en el plano regional, el Marco de Acción de Hyogo «ha impulsado importantes cambios»<sup>61</sup>.

31. En mayo de 2011 se celebró la tercera reunión de la Plataforma Mundial, que tomó como punto de partida las conclusiones de la segunda reunión, de 2009, los resultados de la revisión de mediano plazo y el *Informe de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres 2011*, que elabora la UNISDR y se basa en diversas fuentes desde 2005<sup>62</sup>. La Plataforma determinó que era esencial crear incentivos para invertir en prevención y observó que pocos países incorporaban la prevención de desastres en la planificación de la reconstrucción y recuperación<sup>63</sup>. Por otra parte, «los debates de la tercera reunión demostraron que actualmente [se cuenta] con los conocimientos, los medios y el compromiso para hacer de la reducción del riesgo de desastres una prioridad nacional, local e internacional»<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> Resumen del Presidente sobre la segunda reunión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, párrs. 1 y 6. Puede consultarse en [www.preventionweb.net/files/10750\\_ChairsSummaryGP2009FINALSpanish.pdf](http://www.preventionweb.net/files/10750_ChairsSummaryGP2009FINALSpanish.pdf).

<sup>59</sup> Secretaría interinstitucional de la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres, «Marco de Acción de Hyogo 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres: revisión de medio término 2010-2011» (2011), secc. 3.3. Puede consultarse en [www.unisdr.org/files/18197\\_provisionalspanishversionmidtermrev.pdf](http://www.unisdr.org/files/18197_provisionalspanishversionmidtermrev.pdf).

<sup>60</sup> *Ibid.*, secc. 3.1, prioridad de acción 5.

<sup>61</sup> *Ibid.*, secc. 3.2.

<sup>62</sup> *Informe de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres 2011*, Ginebra, Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres, 2011.

<sup>63</sup> Resumen del Presidente sobre la tercera reunión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, párrs. 8.5 y 9.1. Puede consultarse en [www.preventionweb.net/files/20102\\_revisedchairssummaryspanish1.pdf](http://www.preventionweb.net/files/20102_revisedchairssummaryspanish1.pdf).

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 9.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 11.



32. En su resolución 66/199, de 22 de diciembre de 1991, la Asamblea General tomó nota con aprecio de los resultados del examen de mitad de período del Marco de Acción de Hyogo y reconoció que se había confirmado que la Plataforma Mundial «era el principal foro mundial para la coordinación del asesoramiento estratégico y la creación de asociaciones para la reducción del riesgo de desastres» (párr. 4). Asimismo, solicitó a la UNISDR que «facilite la elaboración de un marco de reducción del riesgo de desastres para el período posterior a 2015» (párr. 5).

33. El Marco de Acción de Hyogo y la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres dieron un mayor impulso a iniciativas regionales vinculantes y no vinculantes<sup>65</sup> centradas en la reducción del riesgo de desastres<sup>66</sup>: el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (2005)<sup>67</sup>; el Plan de Acción de Beijing para la reducción del riesgo de desastres en Asia (2005); la Declaración de Delhi sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia (2007); la Declaración de Kuala Lumpur sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia (2008); la Cuarta Conferencia Ministerial de Asia sobre Reducción del Riesgo de Desastres de 2010, que culminó en la Declaración de Incheon sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia y el Pacífico de 2010, la Hoja de Ruta Regional y el Plan de Acción de Incheon sobre la reducción del riesgo de desastres mediante la adaptación al cambio climático en Asia y el Pacífico, donde se reafirma el Marco de Acción y se proponen iniciativas asiáticas para la adaptación al cambio climático y la reducción del riesgo de desastres teniendo en cuenta las vulnerabilidades de la región<sup>68</sup>; la Estrategia Regional de la Unión Africana para la Reducción del Riesgo de Desastres en África de 2004, que fue seguida de un programa de acción para su aplicación (originalmente para el período 2005-2010 y que se amplió más tarde hasta 2015)<sup>69</sup>; cuatro reuniones de la Plataforma Regional de África para la Reducción del Riesgo de Desastres, la más reciente de las cuales se celebró en 2013<sup>70</sup>; la Estrategia Árabe para la Reducción del Riesgo de Desastres 2020, aprobada por el Consejo de Ministros Árabes de Medio Ambiente en su 22.ª reunión, celebrada en diciembre de 2010<sup>71</sup>; y, por último, el Comunicado de Nayarit sobre las líneas de acción para

fortalecer la reducción del riesgo de desastres en las Américas (2011)<sup>72</sup>.

34. Los acontecimientos en la esfera del cambio climático han reforzado la reducción del riesgo de desastres, de manera especialmente significativa en el contexto del Marco de Adaptación de Cancún, a fin de mejorar las medidas en materia de adaptación, con el propósito de reducir las vulnerabilidades y fomentar la resiliencia en los países en desarrollo, tomando en consideración de forma explícita el Marco de Acción de Hyogo (FCCC/CP/2010/7/Add.1, párr. 14, apdo. e). Por otra parte, en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulado «El futuro que queremos» y que fue aprobado en 2012, los jefes de Estado y de Gobierno y representantes de alto nivel reafirmaron su compromiso con el Marco de Acción de Hyogo<sup>73</sup>. En este sentido, pidieron que «se aborde la reducción del riesgo de desastres y el aumento de la resiliencia ante los desastres con un renovado sentido de urgencia [...], y se integren en las políticas, los planes, programas y presupuestos a todos los niveles y se tengan en cuenta en los futuros marcos pertinentes»<sup>74</sup>.

35. Los Estados han aplicado el Marco de Acción de Hyogo mediante la incorporación de la reducción del riesgo de desastres en los marcos normativos y jurídicos nacionales. En un examen de la aplicación internacional de los marcos normativos y jurídicos nacionales para la reducción del riesgo de desastres, que tuvo lugar en 2011 y se basó en un mecanismo no exclusivo de presentación de informes por los propios interesados, numerosos Estados informaron que habían integrado la reducción del riesgo de desastres en los planes de desarrollo<sup>75</sup>.

## B. La prevención como principio de derecho internacional

36. En este punto, el Relator Especial considera apropiado recordar el carácter central del enfoque basado en dos ejes que se aplica en el estudio del presente tema. Al igual que la fase del desastre propiamente dicho, la etapa anterior a él implica derechos y obligaciones tanto de forma horizontal (los derechos y obligaciones de los Estados entre sí y con respecto a la comunidad internacional) como vertical (los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas que se encuentran en su territorio y bajo su control). Las obligaciones de los Estados entre sí y con respecto a la comunidad internacional en la fase anterior al desastre fueron mencionadas por el Relator Especial en su quinto informe a propósito del deber de cooperar en la preparación, la prevención y la mitigación en relación con los desastres<sup>76</sup>. Pertinente también en la fase anterior al desastre en lo que respecta a los derechos

<sup>65</sup> El establecimiento de plataformas nacionales para la reducción de los desastres, al que ya se había instado en 1991, lo solicitaron el Consejo Económico y Social en el párrafo 9 de su resolución 1999/63 y la Asamblea General en los párrafos 10 y 3, de sus resoluciones 56/195, de 21 de diciembre de 2001, y 58/215, de 23 de diciembre de 2003, respectivamente.

<sup>66</sup> Para un panorama general, véase también la resolución 59/231 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2004.

<sup>67</sup> El Acuerdo es el primer tratado internacional relativo a la reducción del riesgo de desastres que se elaboró después de la aprobación del Marco de Acción de Hyogo.

<sup>68</sup> Para el texto de la Declaración, véase [www.unisdr.org/we/inform/publications/16327](http://www.unisdr.org/we/inform/publications/16327).

<sup>69</sup> *Programme d'Action Elargi pour la Mise en œuvre de la Strategie Regionale Africaine sur la Prevention des Risques de Catastrophe (2006-2015) et Déclaration de la 2<sup>ème</sup> Conférence Ministérielle Africaine sur la Prévention des Risques de Catastrophe, 2010*, introducción, disponible en [https://www.unisdr.org/files/19613\\_bookletpoafrench.pdf](https://www.unisdr.org/files/19613_bookletpoafrench.pdf).

<sup>70</sup> «Africa seeks united position on disaster risk reduction», 13 de febrero de 2013, disponible en [www.unisdr.org/archive/31224](http://www.unisdr.org/archive/31224).

<sup>71</sup> Para el texto de la Estrategia, véase [www.unisdr.org/files/18903\\_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf](http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf).

<sup>72</sup> Para el texto del Comunicado, véase [www.unisdr.org/files/18603\\_comunicadonayarit230311spanishrevis.pdf](http://www.unisdr.org/files/18603_comunicadonayarit230311spanishrevis.pdf).

<sup>73</sup> Resolución 66/288 de la Asamblea General, de 27 de julio de 2012, anexo, párr. 186.

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Véase la recopilación de informes nacionales sobre los progresos en la aplicación del Marco de Acción de Hyogo (2009-2011), prioridad 1 del Marco de Acción de Hyogo, indicador básico 1.1. Disponible en [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf).

<sup>76</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652, párrs. 114 y 115.

y obligaciones de los Estados entre sí es la obligación de prevenir daños transfronterizos<sup>77</sup>. No obstante, como se observa en el memorando de la Secretaría, «la prevención está más estrechamente vinculada con una obligación primaria de prevenir los daños a la población y los bienes propios y al medio ambiente en general»<sup>78</sup>.

37. Como se desprende de la reseña histórica ofrecida en la sección precedente, la prevención, la mitigación y la preparación forman parte desde hace tiempo del debate sobre la reducción de los desastres naturales y, más recientemente, del relativo a la reducción del riesgo de desastres. Por regla general, abarcan medidas que pueden adoptarse en la fase anterior al desastre<sup>79</sup>. Como acertadamente se indica en el memorando de la Secretaría, «las actividades de prevención, mitigación y preparación se sitúan en puntos distintos de la serie de actos que se realizan antes de iniciarse un desastre»<sup>80</sup>.

38. La preparación, que es una parte integrante de la gestión de desastres o emergencias, se ha definido como «[l]a organización y la gestión de los recursos y las responsabilidades para abordar todos los aspectos de las emergencias, especialmente la preparación, la respuesta y los pasos iniciales de la rehabilitación»<sup>81</sup>. Ya en 1983 se propuso como una medida apropiada para hacer frente a los terremotos<sup>82</sup>. Tras su inclusión como aspecto específico del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, el PNUD organizó un programa de capacitación sobre gestión de desastres dedicado a la preparación para los desastres y siguió desarrollando este concepto en 1994. Con el tiempo se entendió que la preparación era esencial para la asistencia internacional de socorro. Por consiguiente, el objetivo de las medidas de preparación está estrechamente vinculado con el acaecimiento de un desastre<sup>83</sup>. Tal como concluyó la Secretaría en su memorando, «[l]a preparación está relacionada con las medidas que se toman por adelantado para garantizar una respuesta eficaz, incluidas la comunicación rápida y eficaz de alertas tempranas y la evacuación temporal de personas y bienes»<sup>84</sup>. Desde una perspectiva temporal, la preparación se sitúa a caballo entre dos aspectos de la reducción del riesgo de desastres y su gestión: el momento anterior al desencadenamiento del desastre y la fase posterior a él. El objetivo de la preparación para el desastre es simplemente responder con eficacia y recuperarse con mayor rapidez cuando los desastres ocurran. Las medidas de preparación también tienen por objeto asegurar que quienes tienen que

responder sepan cómo utilizar los recursos necesarios. Entre las actividades que suelen estar relacionadas con la preparación para los desastres destacan el desarrollo de procesos de planificación para asegurar que todo está dispuesto; la formulación de planes para desastres; la reunión de los recursos necesarios para una respuesta eficaz; y el fomento de las aptitudes y competencias que aseguren el desempeño eficaz de las tareas relacionadas con los desastres<sup>85</sup>. El Organismo Federal de Gestión de Emergencias de los Estados Unidos ha definido la preparación para emergencias como «un ciclo continuo de planificación, organización, capacitación, equipamiento, adiestramiento, evaluación y adopción de medidas correctivas con el fin de asegurar una coordinación eficaz durante la respuesta a un incidente»<sup>86</sup>.

39. La «mitigación» suele abordarse en la mayoría de los instrumentos relativos a la reducción del riesgo de desastres de manera conjunta con la preparación<sup>87</sup>. La Asamblea General estableció que uno de los objetivos del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales era «[m]ejorar la capacidad de cada país para mitigar los efectos de los desastres naturales con rapidez y eficacia»<sup>88</sup>. En lo que respecta a medidas concretas, la mitigación se interpretó en el sentido de que tiene por objeto medidas estructurales o no estructurales destinadas a limitar los efectos adversos de un desastre<sup>89</sup>.

40. Comoquiera que, por definición, la mitigación y la preparación implican la adopción de medidas antes de que se produzca un desastre, es correcto considerarlas como manifestaciones concretas del principio general de prevención, que se sitúa en la raíz del derecho internacional. En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas ha consagrado dicho principio al declarar que el primer propósito de las Naciones Unidas es «[m]antener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz»<sup>90</sup>. La Comisión, en su proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001, examinó el «principio bien establecido de la prevención» en el contexto de ese aspecto internacional de los desastres causados por el hombre<sup>91</sup>. La Comisión se refirió expresamente a la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>92</sup>, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>93</sup> y la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972<sup>94</sup>, y concluyó que

<sup>77</sup> Véase el Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 158, párr. 98.

<sup>78</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 23.

<sup>79</sup> Resolución 42/169 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1987, párr. 4, apdo. a.

<sup>80</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 26.

<sup>81</sup> Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres, 2009 UNISDR. *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, UNISDR, Ginebra, mayo de 2009, pág. 18.

<sup>82</sup> Drakopoulos y Tassos, «Earthquake and their social, economic and legal implications», pág. 183.

<sup>83</sup> Resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, anexo, párr. 18.

<sup>84</sup> Véase la nota 80 *supra*.

<sup>85</sup> Sutton y Tierney, «Disaster preparedness: concepts, guidance and research».

<sup>86</sup> Véase [www.fema.gov](http://www.fema.gov).

<sup>87</sup> Resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, anexo, secc. III.

<sup>88</sup> Resolución 44/236 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1989, anexo, párr. 2, apdo. a.

<sup>89</sup> Véase Estrategia Internacional para Reducción de Desastres, *Vivir con el Riesgo. Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres. Versión 2004*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: GVS.05.0.3), pág. 18.

<sup>90</sup> Artículo 1, párr. 1.

<sup>91</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 98, pág. 158, párr. 4 del comentario general.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*, párr. 3 del comentario general.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 4 del comentario general.

[l]a prevención de los daños transfronterizos al medio ambiente, a las personas y a los bienes ha sido aceptada como principio importante en muchos tratados multilaterales sobre la protección del medio ambiente, los accidentes nucleares, los objetos espaciales, los cursos de agua internacionales, la ordenación de los residuos peligrosos y la prevención de la contaminación marina<sup>95</sup>.

41. La existencia de una obligación jurídica internacional de prevenir el daño, en sus dimensiones horizontal y vertical (véase el párrafo 36 *supra*), encuentra su apoyo en el derecho de los derechos humanos y el derecho ambiental.

#### 1. DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

42. En su informe preliminar, el Relator Especial destacó que:

[l]os Estados tienen la obligación permanente y universal de proteger a quienes se encuentran en su territorio conforme a los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y las normas internacionales consuetudinarias de derechos humanos<sup>96</sup>.

En el informe también se recordó que, según se entiende, «cada derecho humano impone al Estado una triple obligación»<sup>97</sup>: el deber de respetar (esto es, abstenerse de violarlo), proteger (o lo que es lo mismo, proteger a los titulares de los derechos de su violación por terceros) y cumplir (es decir, tomar medidas afirmativas para fortalecer el acceso al derecho)<sup>98</sup>. No obstante, la protección no solo tiene que ver con las violaciones efectivas de los derechos humanos, sino que también conlleva la obligación de que los Estados prevengan dichas violaciones<sup>99</sup>.

43. Esta obligación positiva de prevenir las violaciones de los derechos humanos se consagra expresamente en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

44. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone a los Estados la obligación positiva de respetar y asegurar los derechos humanos para todos los que estén sujetos a su jurisdicción, sin distinciones de ningún tipo<sup>100</sup>. Los artículos 2, párr. 2, y 3, apdos. *a* y *b* indican la existencia de una obligación de prepararse ante las violaciones de los derechos humanos y de mitigar sus consecuencias. El artículo 2, párr. 2, se ha interpretado en el sentido de que conlleva «medidas preventivas que aseguren las condiciones necesarias para el goce sin trabas de los derechos consagrados en el Pacto»<sup>101</sup>. Hay quien ha afirmado que la prevención de las violaciones de los derechos humanos consiste «básicamente en la identificación y erradicación de las causas profundas que llevan a la vulneración de los derechos humanos»<sup>102</sup>. En lo

que respecta a la tortura, se ha observado que la violación del derecho a no ser torturado es el «eslabón final de una larga cadena que comienza cuando el respeto de la dignidad humana se toma a la ligera; su prevención supone la necesidad de identificar los eslabones que preceden a la tortura y de romper la cadena antes de que se llegue a ese último eslabón»<sup>103</sup>.

45. De manera más explícita, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado la obligación jurídica de los Estados de tomar medidas razonables para prevenir las violaciones de los derechos humanos del siguiente modo:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte<sup>104</sup>.

46. También en su informe preliminar, el Relator Especial dio ejemplos de derechos humanos que son pertinentes en situaciones de desastre, como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y a servicios médicos, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, y el derecho a no ser discriminado<sup>105</sup>. La protección de esos derechos en casos de desastre se extiende a la adopción de medidas destinadas a prevenir y mitigar sus efectos. Cada uno de esos derechos también debe interpretarse a la luz del deber de «respetar y garantizar» que incumbe a los Estados<sup>106</sup>. La obligación de respetar exige que los Estados no tomen ninguna medida que lleve a impedir que las personas ejerciten o disfruten sus derechos. La obligación de garantizar exige que los Estados tomen medidas positivas para asegurar que las autoridades estatales y terceras partes no puedan violar los derechos de una persona. Por consiguiente, la obligación internacional de prevenir y mitigar los desastres se desprende de la obligación universal de los Estados de asegurar derechos como el derecho a la vida y el derecho a la alimentación, el vestido y la vivienda. Tal deber internacional de prevenir y mitigar los desastres basado en el derecho de los derechos humanos fue identificado ya en 1978<sup>107</sup>.

47. El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe privar arbitrariamente de la

<sup>103</sup> *Ibíd.*

<sup>104</sup> *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C n.º 4, párr. 175; véase también el párrafo 174.

<sup>105</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 155, párr. 26.

<sup>106</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 2, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>107</sup> Véase Samuels, «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», págs. 245 y 248 («Como mínimo, el derecho reconocido a unas determinadas condiciones de vida, que incluye una alimentación, vestido y vivienda adecuados, debe acarrear la obligación jurídica de un Estado de asistir a otro en una situación de desastre natural, la obligación jurídica de un Estado de prepararse para el socorro en casos de desastre en su propio territorio, y la de tomar medidas preventivas para reducir al mínimo el sufrimiento derivado de los desastres naturales»). Véase también Hand, «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», págs. 147 y 159 a 161.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, pág. 159, párr. 5 del comentario general.

<sup>96</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 155, documento A/CN.4/598, párr. 25.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>98</sup> Véase Fisher, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, pág. 34.

<sup>99</sup> Van Boven, «Prevention of human rights violations», pág. 191.

<sup>100</sup> Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, art. 2, párr. 18.

<sup>101</sup> Kriebaum, «Prevention of human rights violations», pág. 156.

<sup>102</sup> Nowak y Suntinger, «International mechanisms for the prevention of torture», pág. 146.

vida, lo que incluye la obligación de que los Estados protejan de modo afirmativo el derecho a la vida. El Comité de Derechos Humanos ya ha indicado que el artículo 6 requiere que los Estados prevengan ciertos desastres previsible que suponen un peligro para la vida. En su Observación general sobre la interpretación del artículo 6, el Comité declaró que sería deseable que los Estados tomaran medidas positivas para reducir la mortalidad, incluidas medidas para «eliminar la malnutrición y las epidemias»<sup>108</sup>. En este caso, el Comité tenía claramente en mente tales desastres, incluidos, por ejemplo, casos extremos de malnutrición (por ejemplo, hambruna) que entrarían en el ámbito de la definición de desastre adoptada por la Comisión en el proyecto de artículo 3<sup>109</sup>. Asimismo, los derechos que garantiza el Pacto van de la mano de los consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Con arreglo al artículo 3 de la Declaración, «[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona»<sup>110</sup>. Según dispone el artículo 25, párr. 1:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad<sup>111</sup>.

No cabe duda de que los desastres son situaciones en las que una persona puede enfrentarse a «circunstancias independientes de su voluntad»<sup>112</sup>.

48. Por otra parte, el artículo 11, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el «derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia». En casos de desastre, el Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones de vida de todos mediante la mitigación de sus efectos<sup>113</sup>. Tal obligación jurídica en lo que respecta al socorro en casos de desastre se afirmó ya en 1977, también en atención a «los intereses económicos, sociales y políticos de todos los países en la rápida mitigación de los efectos humanos de un desastre, dondequiera que se produzca»<sup>114</sup>. Es evidente que

<sup>108</sup> HRI/GEN/1/Rev.1, párr. 5 («Además, el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias»).

<sup>109</sup> Para un análisis sobre el hambre y la malnutrición como desastre, véase García, «Famine as a catastrophe: the role of international law», pág. 229.

<sup>110</sup> Resolución 217 (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Kent, «The human right to disaster mitigation and relief», pág. 137.

<sup>113</sup> En apoyo de la opinión de que este derecho humano presupone una obligación de mitigar, véase Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», pág. 194. Véase también Hand, «Disaster prevention presentation», págs. 147 y 159.

<sup>114</sup> Green, *International Disaster Relief: Towards a Responsive System*, pág. 66.

el régimen del Pacto está sujeto a una realización progresiva<sup>115</sup>, lo que significa que la obligación de un Estado de cumplir el artículo 11 depende en parte de su nivel de desarrollo económico<sup>116</sup>.

49. La Convención sobre los Derechos del Niño también reconoce «el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social»<sup>117</sup>. Los Estados partes en la Convención tienen el deber de adoptar «medidas apropiadas» para ayudar a los padres a cumplir su responsabilidad primordial de dar efectividad a este derecho, «particularmente con respecto a la nutrición»<sup>118</sup>.

50. La existencia de una obligación de mitigar se ha abordado recientemente en relación con el cambio climático, en particular con motivo del establecimiento de un núcleo básico de umbrales mínimos o normas esenciales de derechos humanos, que deben tenerse en cuenta cuando se tratan cuestiones de cambio climático<sup>119</sup>. Por otra parte, en lo que respecta a la preparación, se ha indicado que el derecho de la salud pública «recomienda la existencia de leyes que alienten o exijan la preparación ante desastres naturales»<sup>120</sup>.

51. Recientemente, la jurisprudencia internacional ha adoptado el enfoque que se describe en la presente sección, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que el derecho a la vida exige que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para prevenir los desastres tanto naturales como provocados por el hombre<sup>121</sup>. En dos casos pioneros, el Tribunal declaró que el hecho de no adoptar medidas factibles que habrían permitido prevenir o mitigar las consecuencias de desastres previsible equivalía a una violación del derecho a la vida, lo que daba lugar a la responsabilidad del Estado con arreglo al derecho internacional<sup>122</sup>. En la causa *Öneryıldız*, una explosión de metano en un vertedero público situado en la ladera de un valle de Estambul sepultó diez viviendas de zonas marginales ubicadas en las proximidades del vertedero, cobrándose la vida de 39 personas. Dos años antes, los expertos habían

<sup>115</sup> Véase el artículo 2.

<sup>116</sup> La realización progresiva no es de por sí ajena al concepto de prevención en el derecho internacional. En el comentario al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la Comisión observó que «[e]l nivel económico de los Estados es uno de los factores que han de tenerse en cuenta al determinar si un Estado ha cumplido su obligación de diligencia debida» y que «el nivel económico del Estado no puede utilizarse para exonerar a este de la obligación que le imponen esos artículos» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 13 del comentario al artículo 3).

<sup>117</sup> Art. 27, párr. 1.

<sup>118</sup> Art. 27, párr. 3.

<sup>119</sup> McInerney-Lankford, Mac Darrow y Lavanya Rajamani, *Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions*, pág. 30.

<sup>120</sup> Feinberg, «Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», pág. 598.

<sup>121</sup> Véase Kälin y Dale, «Disaster risk mitigation – why human rights matter», pág. 38.

<sup>122</sup> Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Öneryıldız c. Turquía*, demanda n.º 48939/99, sentencia de 30 de noviembre de 2004, *Recueil des arrêts et décisions, 2004-XII*; y *Boudaïeva et autres c. Rusia*, demandas n.ºs 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, sentencia de 20 de marzo de 2008.

advertido a las autoridades turcas del riesgo de que se produjera una explosión de ese tipo, pero no se tomó ninguna medida. En el asunto *Boudaïeva*, un alud de lodo alcanzó a un pueblo situado en una zona montañosa de la Federación de Rusia, ocasionando varios muertos y la destrucción de numerosos edificios. Aunque el pueblo había sido protegido con muros de contención, estos resultaron dañados por corrimientos de tierra especialmente intensos en 1999 y nunca se repararon, pese a las advertencias del instituto meteorológico estatal. Dos semanas antes del alud, este organismo informó al ministerio local de socorro en casos de desastre del inminente peligro de un nuevo desastre y solicitó que se instalaran puestos de observación en las zonas superiores del río y, en caso necesario, se hiciera pública una alerta de emergencia. No se adoptó ninguna de las medidas propuestas.

52. Interpretando el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida en términos casi idénticos a los previstos en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Tribunal afirmó en su sentencia dictada en la causa *Öneryıldiz* que el derecho a la vida «no solo tiene que ver con las muertes derivadas del uso de la fuerza por un agente del Estado sino que también [...] impone a los Estados una obligación positiva de tomar medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de quienes se encuentran bajo su jurisdicción» y en la causa *Boudaïeva* destacó que «esta obligación positiva conlleva sobre todo un deber primordial del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo concebido para proporcionar un elemento eficaz de disuasión frente a amenazas al derecho a la vida»<sup>123</sup>. Asimismo, en esta última causa el Tribunal declaró:

En la esfera del socorro en casos de emergencia, cuando el Estado participa directamente en la protección de las vidas humanas a través de la mitigación de los peligros naturales, estas consideraciones deben aplicarse en la medida en que las circunstancias de un caso particular apuntan a la inminencia de un peligro natural que haya sido claramente identificable, especialmente cuando se refiera a una calamidad recurrente que afecte a una zona delimitada apta para la habitación o el uso humanos [...]. El alcance de las obligaciones positivas imputables al Estado en circunstancias particulares depende del origen de la amenaza y el grado en que un riesgo u otro sea susceptible de mitigación<sup>124</sup>.

53. Por consiguiente, un Estado incurre en responsabilidad cuando hace caso omiso de su obligación de adoptar medidas preventivas en los casos en que un peligro natural es claramente identificable y dispone de medios eficaces para mitigar el riesgo<sup>125</sup>. Estas dos decisiones sobre el deber de prevenir y mitigar los desastres son pertinentes por diversos motivos. En primer lugar, el Tribunal articuló la misma obligación en lo que respecta a los desastres naturales y provocados por el hombre. En segundo término, el Tribunal reprochó a Turquía y la Federación de Rusia que no hubieran «tomado medidas apropiadas» para prevenir el daño, lo que refleja la obligación contenida en varios instrumentos internacionales de que los Estados tomen medidas «apropiadas» o «necesarias» para reducir el riesgo de desastres. En tercer lugar, los casos sugieren que la obligación del Estado

entra en juego cuando el desastre pasa a ser previsible, lo que se asemeja al requisito de la previsibilidad propio del principio de diligencia debida<sup>126</sup>.

## 2. DERECHO AMBIENTAL

54. Los Estados tienen la obligación de no causar daños ambientales *in genere* y de asegurar que las actividades que se realicen bajo su jurisdicción no supongan un perjuicio para el medio ambiente o para zonas sujetas a la jurisdicción de otro Estado. En derecho internacional del medio ambiente, el deber de prevenir abarca ambas obligaciones<sup>127</sup>. La prevención en el contexto ambiental se basa en el principio de *common law* de *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Como declaró la Corte Internacional de Justicia en el caso *Détroit de Corfou*, este principio está bien arraigado en el derecho internacional<sup>128</sup> y ya fue aplicado en 1941 en el arbitraje *Fonderie de Trail*<sup>129</sup>. El primer pronunciamiento claro del principio de prevención en derecho ambiental internacional puede encontrarse en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que establece:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional<sup>130</sup>.

55. El principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo incorporó en su totalidad el principio 21, a lo que añadió el reconocimiento de que los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de conformidad con sus políticas de desarrollo<sup>131</sup>. El principio 11 de la Declaración de Río profundiza en esta obligación al agregar que los Estados deben adoptar políticas legislativas y administrativas destinadas a prevenir o mitigar los daños transfronterizos<sup>132</sup>.

56. El principio se reafirmó en la opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* que la Corte Internacional de Justicia emitió en 1996, en los siguiente términos:

[L]a existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas

<sup>126</sup> Véase el párrafo 61 *infra*.

<sup>127</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentina c. Uruguay), fallo, C.I.J. Recueil 2010, opinión separada del magistrado Cançado Trindade, pág. 159, párr. 59. Véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 113.

<sup>128</sup> *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1949, pág. 4; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 7.

<sup>129</sup> Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

<sup>130</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I, principio 21.

<sup>131</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8), resolución 1, anexo I, principio 2.

<sup>132</sup> *Ibid.*, principio 11.

<sup>123</sup> Casos *Öneryıldiz*, párr. 71 y *Boudaïeva*, párr. 129 (nota 122 *supra*).

<sup>124</sup> *Boudaïeva* (nota 122 *supra*), párr. 137.

<sup>125</sup> Kälin y Dale, «Disaster risk mitigation – why human rights matter», pág. 39.

situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente<sup>133</sup>.

57. A lo largo del tiempo, las principales formulaciones del principio de prevención se han utilizado para responsabilizar a los Estados por no haber tomado las medidas necesarias para impedir daños transfronterizos. Por ejemplo, en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia instó a ambas partes a «examinar de nuevo los efectos para el medio ambiente del funcionamiento de la central eléctrica de Gabčíkovo» en el río Danubio<sup>134</sup>. Teniendo en cuenta las «nuevas normas y principios», la Corte declaró que, al menos en la esfera de la protección del medio ambiente, «son necesarias la vigilancia y la prevención» a causa del carácter frecuentemente irreversible de los daños medioambientales y de las limitaciones intrínsecas de los propios mecanismos de reparación de ese tipo de daños<sup>135</sup>. De modo similar, en el caso *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Corte observó que el principio de prevención era parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que un Estado estaba obligado a utilizar todos los medios a su disposición para evitar actividades que tuvieran lugar en su territorio o en cualquier zona bajo su jurisdicción que causaran daños significativos al medio ambiente de otro Estado<sup>136</sup>.

58. La Asamblea General aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza en su resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982, que consagraba la prevención como su principio rector. La Asamblea recordó su convicción de que

los beneficios que se podían obtener de la naturaleza dependían del mantenimiento de los procesos naturales y de la diversidad de las formas de vida y de que estos beneficios peligraban cuando se procedía a una explotación excesiva o se destruían los hábitats naturales.

59. Como ya se ha señalado, en 2001, la Comisión identificó un «arraigado principio de prevención» en el contexto de los daños transfronterizos al medio ambiente<sup>137</sup>. El artículo 3 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas exige que los Estados adopten «todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo»<sup>138</sup>. Al establecer esa obligación, la Comisión se basó en el principio de *sic utere tuo ut alienum non laedas*, dando

<sup>133</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1996, págs. 241 y 242, párr. 29; véase también C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 111.

<sup>134</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, pág. 78, párr. 140; véase también C.I.J. Resúmenes 1997-2002, pág. 1.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> C.I.J. Recueil 2010, págs. 44 y 45, párr. 101 (donde se cita la página 22 del fallo *Détroit de Corfou* y la opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*).

<sup>137</sup> Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 4 del comentario al artículo 3.

<sup>138</sup> *Ibid.*, pág. 163. La prevención también es el método preferido de exigir la responsabilidad y la obligación de resarcir del Estado por daños transfronterizos. En su primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, el Relator Especial, Pemmaraju Sreenivasa Rao, afirma que «[l]a prevención como política general es mejor que el remedio» y que «[e]sta es una norma de larga tradición que aplican de manera general muchas sociedades desarrolladas e industrializadas para ordenar e incluso para reducir o eliminar los efectos perniciosos de su crecimiento económico» (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 201, documento A/CN.4/487 y Add.1, párr. 32).

mayor especificidad a las «limitaciones de la libertad de los Estados que recoge el principio 21» de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. El artículo 3 impone a los Estados la obligación de «promulgar y aplicar legislación nacional que incorpore las normas internacionales aceptadas»<sup>139</sup> y de aplicar normas legislativas y administrativas para asegurar el cumplimiento<sup>140</sup>. El principio de prevención también anima el artículo 7 sobre la evaluación del riesgo, el artículo 8 sobre el deber de notificación, el artículo 9 sobre el deber de consultar con los Estados afectados sobre las medidas preventivas y el artículo 16 sobre la preparación para casos de emergencia. En el comentario del artículo 16 se reconoce incluso un «deber de evitar los desastres ambientales»<sup>141</sup>.

60. Tanto la Corte Internacional de Justicia como la Comisión consideran que el principio de prevención emana de dos obligaciones distintas, aunque interrelacionadas, de los Estados, a saber, la diligencia debida y el principio de precaución<sup>142</sup>.

#### a) Diligencia debida

61. El principio de diligencia debida es un principio arraigado del derecho internacional que ha sido definido como uno de sus «principios básicos»<sup>143</sup>. Dicho principio se ha relacionado con el principio de responsabilidad, aludiendo a las normas rectoras de un «régimen de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida»<sup>144</sup>. En relación con los actos u omisiones de actores no estatales, ya a comienzos del siglo XX se afirmó que «el Estado puede incurrir en responsabilidad si no ejerce la *diligencia debida* para prevenir o reaccionar frente a tales actos u omisiones»<sup>145</sup>. En lo que respecta a la prevención en el contexto del medio ambiente, la diligencia debida se ha definido como la utilización, entre otras cosas, de «los medios más viables»<sup>146</sup> o de «todas las medidas que sean apropiadas y efectivas»<sup>147</sup>. Como describió la Corte Internacional de Justicia el caso *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la obligación de «prevenir la contaminación» que figuraba en el tratado entre el Uruguay y la Argentina era «una obligación de actuar con la debida diligencia [...] con respecto a todas las actividades que tienen lugar bajo la jurisdicción y el control de cada parte»<sup>148</sup>.

<sup>139</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 4 del comentario al artículo 3.

<sup>140</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pág. 179, párr. 1 del comentario al artículo 16.

<sup>142</sup> *Ibid.*, págs. 163 y ss., párrs. 7 a 18 del comentario al artículo 3.

<sup>143</sup> Condorelli, «The imputability to States of acts of international terrorism», págs. 240 a 242. Véase también Pisillo-Mazzeschi, «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», págs. 9 a 51.

<sup>144</sup> Pisillo-Mazzeschi, «Forms of international responsibility for environmental harm», págs. 15 y 16.

<sup>145</sup> Hessbruegge, «The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law», pág. 268, que hace referencia a Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law* (Nueva York, Macmillan, 1918), pág. 162.

<sup>146</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 194.

<sup>147</sup> Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, art. 2, párr. 1.

<sup>148</sup> C.I.J. Recueil 2010, pág. 79, párr. 197.

62. La obligación de observar la diligencia debida constituye la norma básica de la prevención<sup>149</sup>. La obligación es de comportamiento más que de resultado; la obligación de diligencia debida no puede garantizar la prevención total de daños sensibles, pero el Estado debe esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo<sup>150</sup>. En este sentido, la obligación de diligencia debida es la obligación básica del principio de prevención<sup>151</sup>, y la fórmula que obliga a los Estados a adoptar todas las «medidas necesarias o apropiadas» (por ejemplo, el artículo 3 del proyecto de artículos sobre el daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) a menudo se utiliza para expresar esta obligación de diligencia debida<sup>152</sup>. La diligencia debida se manifiesta en los esfuerzos que un Estado realiza para aplicar y hacer cumplir la legislación y los reglamentos administrativos sobre prevención<sup>153</sup>. Los Estados han aceptado que la diligencia debida está «en armonía con las realidades actuales de la práctica de los Estados y del derecho internacional»<sup>154</sup>. Para llegar a esta conclusión, la Comisión se basó en una serie de instrumentos internacionales sobre medio ambiente que contienen la obligación de tomar medidas apropiadas o, más concretamente, de aplicar las obligaciones previstas en esos instrumentos mediante normas legislativas y administrativas<sup>155</sup>. Por consiguiente, aunque el término «diligencia debida» no se utiliza en los instrumentos internacionales sobre medio ambiente, se acepta que numerosos tratados sobre el derecho del mar, la contaminación marina, la protección de la capa de ozono, las evaluaciones de impacto ambiental y la utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales contienen una obligación de ese tipo<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 8 del comentario al artículo 3.

<sup>150</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>151</sup> En su segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, el Relator Especial, Pemmaraju Sreenivasa Rao, observa que «[e]l deber de prevención, que constituye una obligación de comportamiento, se considera esencialmente una obligación de diligencia debida. Cualquier cuestión relativa a la aplicación o el cumplimiento de la obligación de prevención tendrá que referirse necesariamente a su contenido y, por lo tanto, al grado de diligencia con que deberían actuar los Estados» (*Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), pág. 126, documento A/CN.4/501, párr. 18).

<sup>152</sup> Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, art. 1; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 194; y Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, art. 3. Véase también Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», pág. 389. Véase en particular Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States».

<sup>153</sup> Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 10 del comentario al artículo 3.

<sup>154</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), pág. 123, documento A/CN.4/510, párr. 10.

<sup>155</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 8 del comentario al artículo 3, nota 880 (donde se citan la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 194, párr. 1; el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, arts. I, II y VII, párr. 2; el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, art. 2; la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos, art. 7, párr. 5; el Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, art. 2, párr. 1; y el Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales, art. 2, párr. 1).

<sup>156</sup> Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 8 del comentario al artículo 3.

63. La obligación de diligencia debida tiene dos características principales: el grado de cuidado en cuestión es el que se espera de un «buen gobierno» y el grado de atención necesario también es proporcional al grado de peligrosidad de la actividad de que se trata<sup>157</sup>. En lo que respecta a la norma del «buen gobierno», para la Comisión:

Los principales elementos de la obligación de diligencia debida que implica el deber de prevención pueden expresarse así: el grado de cuidado es el que se espera de un buen gobierno. Este debe poseer un régimen jurídico y recursos suficientes para mantener un mecanismo administrativo adecuado para controlar y vigilar las actividades. Sin embargo, se entiende que el cuidado que se espera de un Estado de economía y recursos humanos y materiales bien desarrollados y con estructuras de gobierno sumamente evolucionadas es diferente del que se espera de Estados que no se encuentran en posición tan favorable<sup>158</sup>.

64. Según la Comisión, por lo que se refiere al criterio del «buen gobierno», el nivel económico de los Estados es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si un Estado ha cumplido sus obligaciones de diligencia debida<sup>159</sup>. Sin embargo, se entiende que el nivel económico de un Estado no puede eximirlo de sus deberes a este respecto, y de hecho «se espera la vigilancia, el empleo de infraestructura y el seguimiento de las actividades peligrosas en el territorio del Estado, como atributo natural de cualquier gobierno»<sup>160</sup>. En cuanto a la norma de la proporcionalidad, el grado de cuidado que se requiere de un Estado es proporcional al grado de daño que entraña el peligro. El daño en sí debe ser previsible y el Estado ha de conocer o debería haber conocido que el grado de riesgo era significativo<sup>161</sup>.

65. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha interpretado el deber de prevención como una obligación de diligencia debida. En la causa *Öneryıldız*, el Tribunal declaró que las autoridades turcas tenían una obligación positiva de prevención cuando «supieron o debían haber sabido que había un riesgo real e inmediato para determinado número de personas»<sup>162</sup> y en la causa *Boudaïeva* que el hecho de no «adoptar las medidas que eran necesarias y suficientes para eludir los riesgos inherentes a una actividad peligrosa»<sup>163</sup> equivalía a una violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Del mismo modo, en esta última causa, el Tribunal declaró que ante el riesgo creciente de avalanchas de lodo, «era razonable que las autoridades reconocieran el mayor peligro de que se produjeran accidentes si ese año tenían lugar deslizamientos de lodo y que emplearan toda la diligencia posible al informar a la población civil y tomar medidas por adelantado para la evacuación de emergencia»<sup>164</sup>. Sin embargo, en la causa *Öneryıldız*, el Tribunal

<sup>157</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), pág. 125, documento A/CN.4/510, párr. 20.

<sup>158</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 17 del comentario al artículo 3.

<sup>159</sup> *Ibid.* Véase también *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), pág. 126, documento A/CN.4/510, párr. 23.

<sup>160</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 17 del comentario al artículo 3.

<sup>161</sup> *Ibid.*, párr. 18.

<sup>162</sup> *Öneryıldız* (véase la nota 122 *supra*), párr. 101.

<sup>163</sup> *Boudaïeva* (véase la nota 122 *supra*), párr. 140.

<sup>164</sup> *Ibid.*, párr. 152.

reconoció que «no debe imponerse una carga imposible o desproporcionada a las autoridades sin tomar en consideración, en particular, las elecciones operacionales que deben hacer en materia de prioridades y recursos»<sup>165</sup>. En la causa *Boudaïeva*, el Tribunal observó que «esta consideración aún debe recibir mayor peso en el ámbito del socorro de emergencia cuando se producen sucesos meteorológicos, que como tales escapan al control humano, que en la esfera de las actividades peligrosas ocasionadas por el hombre»<sup>166</sup>. No obstante, reconocer que pueden tomarse distintas medidas dependiendo de las capacidades y prioridades específicas del Estado no exime a este de su obligación de evitar el riesgo y de «hacer todo cuanto esté en su mano para proteger [a las personas] de los riesgos inmediatos y conocidos a los que estaban expuestos»<sup>167</sup>.

#### b) Principio de precaución

66. En el marco del derecho internacional del medio ambiente, el «principio de precaución» se relaciona con el concepto más general de la prevención del daño ambiental (incluso dentro de las fronteras nacionales) y, en esencia, crea una presunción rebatible de que hay un riesgo presunto de que una medida o una política pueden causar un daño a la población o el medio ambiente a no ser que se demuestre la inexistencia de ese riesgo<sup>168</sup>. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo fue la primera en formularlo en los siguientes términos:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente<sup>169</sup>.

El principio de precaución comprende dos elementos principales: la conciencia de la existencia o persistencia de riesgos, y la conciencia de las incertidumbres científicas que rodean el asunto en cuestión<sup>170</sup>.

67. El comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas reconoce que la obligación de prevenir implica la adopción de las medidas que correspondan a manera de precaución suficiente, aunque no exista la certidumbre científica plena, para evitar o prevenir un daño grave o irreversible<sup>171</sup>. En el comentario de los proyectos de artículo 7 y 10 se indica expresamente que el principio de precaución ha pasado a ser un principio general del derecho ambiental<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> Öneriyildiz (véase la nota 122 *supra*), párr. 107.

<sup>166</sup> *Boudaïeva* (véase la nota 122 *supra*), párr. 135.

<sup>167</sup> *Ibid.*, párr. 109.

<sup>168</sup> Véase, por ejemplo, el principio 15 de la Declaración de Río (nota 131 *supra*).

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> Véase *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, fallo, C.I.J. *Recueil 2010*, opinión separada del magistrado Cançado Trindade, págs. 159 y 160, párr. 62. Véase también Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*.

<sup>171</sup> Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 14 del comentario al artículo 3.

<sup>172</sup> *Ibid.*, pág. 173, párrs. 6 y 7 del comentario al artículo 10.

68. El principio se ha incluido de forma implícita en diversas convenciones internacionales, como la Convención de Bamako relativa a la Prohibición de la Importación a África, la Fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y la Gestión dentro de África de Desechos Peligrosos (art. 4, párr. 3), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (art. 3, párr. 3), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tal como ha sido modificado por el Tratado de Ámsterdam (art. 174 (antiguo art. 130, r)) y el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (art. 2)<sup>173</sup>.

69. Desde la década de 1990 se sostiene que el principio de precaución ha pasado a ser un principio del «derecho ambiental internacional de carácter consuetudinario» o incluso del derecho internacional consuetudinario general<sup>174</sup>. En su opinión disidente en el fallo *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* de la Corte Internacional de Justicia, el magistrado *ad hoc* Vinuesa manifestó que el principio de precaución «se sitúa indiscutiblemente en el núcleo del derecho del medio ambiente. En mi opinión, el principio de precaución no es una abstracción, ni un componente teórico de un derecho emergente deseable, sino una norma del derecho internacional general positivo»<sup>175</sup>. Sin embargo, la Corte aún no ha reconocido el principio como tal<sup>176</sup>.

### C. Cooperación internacional en materia de prevención

70. La Comisión ha reafirmado la obligación de cooperar en el artículo 5 de su proyecto de artículos sobre el presente tema y, en el artículo 5 *bis*, aprobado en 2012, hizo una enumeración no exhaustiva de las formas que puede revestir la cooperación en el contexto de las actividades de socorro. La cooperación también está en el núcleo de la dimensión horizontal (internacional) de la prevención. En su quinto informe, el Relator Especial se refirió brevemente a la cooperación en la medida en que afecta a la preparación, la prevención y la mitigación de los desastres. Como se indicaba en ese informe, la cooperación está relacionada con prácticamente todos los aspectos de la prevención en casos de desastre, incluida la cooperación sobre dispositivos de búsqueda y salvamento, la exigencia de capacidades de reserva, los sistemas de alerta temprana, el intercambio de información para la evaluación e identificación de riesgos, la planificación de imprevistos y la creación de capacidad<sup>177</sup>.

71. La obligación de cooperar es un principio bien arraigado del derecho internacional. Como el Relator Especial observó en su segundo informe<sup>178</sup>, se consagra en numerosos instrumentos internacionales, incluida la Carta de las

<sup>173</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>174</sup> Véase más en detalle Harding y Fisher, *Perspectives on the Precautionary Principle*, pág. 5; Trouwborst, «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», pág. 189; y Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», pág. 396.

<sup>175</sup> C.I.J. *Recueil 2010*, pág. 152.

<sup>176</sup> Sustain, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*; Cameron, «Environmental risk management in New Zealand – is there scope to apply a more generic framework?».

<sup>177</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652, párrs. 114 y 115.

<sup>178</sup> Véase la nota 21 *supra*.



Naciones Unidas. Conforme se formula en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la finalidad de la cooperación es, en parte, «promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial» y el «bienestar general de las naciones»<sup>179</sup>.

72. Asimismo, la obligación de cooperar está bien consolidada en relación con la prevención. En este sentido, se ha reiterado en numerosas resoluciones de la Asamblea General que abordan la cuestión de la prevención de los desastres y la reducción del riesgo de desastres. Al establecer el Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, la Asamblea reconoció la responsabilidad de las Naciones Unidas de cooperar para mitigar el riesgo, en particular mediante la prevención y la alerta temprana, al mismo tiempo que exhortó a los Estados a que cooperaran para reducir los peligros naturales<sup>180</sup>. En resoluciones más recientes, la Asamblea ha instado a la comunidad internacional a «reducir los efectos adversos de los desastres naturales» mediante la cooperación<sup>181</sup>. Es preciso cooperar a nivel internacional en apoyo de los esfuerzos nacionales de prevención<sup>182</sup>, especialmente «para que los países, en particular en los países en desarrollo, estén en mejores condiciones para reaccionar ante el impacto negativo de todos los riesgos naturales»<sup>183</sup>. El Marco de Acción de Hyogo se aprobó en gran medida para alentar la cooperación en materia de prevención, tanto entre los Estados como entre los Estados y los actores no estatales<sup>184</sup>. Como se ha indicado, el Marco de Acción de Hyogo es «el documento de orientación en lo que respecta el fortalecimiento y la consolidación de la cooperación internacional para asegurar que la reducción del riesgo de desastres se utilice como fundamento de unos programas nacionales e internacionales de desarrollo sólidos»<sup>185</sup>. Esto se ve confirmado por el tenor literal del Marco, que destaca la importancia de la cooperación para la prevención de los desastres:

Estamos decididos a reducir las pérdidas de vidas y otros bienes sociales, económicos y ambientales causadas por los desastres en todo el mundo, y somos conscientes de la importancia de la cooperación, la solidaridad y las alianzas internacionales, así como de la buena gobernanza a todos los niveles<sup>186</sup>.

73. Algunas declaraciones no vinculantes se han referido a la cooperación al subrayar la obligación de prevenir. Por ejemplo, la Declaración de Yogyakarta sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia y el Pacífico de 2012 instó a los interesados a «mejorar y apoyar los mecanismos y centros de cooperación regional que se

dedican a gestionar la información sobre desastres» en lo que respecta a la financiación y la evaluación de los riesgos locales<sup>187</sup>. Del mismo modo, la Declaración de Panamá atribuyó a la cooperación un papel central en la «prevención y mitigación de riesgos y desastres naturales». Los jefes de Estado y de gobierno se comprometieron a «fomentar la cooperación internacional y la construcción de capacidades en materia de desastres naturales, en el mejoramiento de la prestación de asistencia humanitaria en todas las etapas de un desastre y en la promoción de una cultura de la prevención y de sistemas de alerta temprana»<sup>188</sup>.

74. La cooperación es parte integrante de los diversos organismos y plataformas regionales que se ocupan de la prevención, incluida la Plataforma Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en América, la Estrategia Árabe para la Reducción del Riesgo de Desastres 2020, la Conferencia Ministerial de Asia sobre Reducción del Riesgo de Desastres, el Foro Europeo para la Reducción del Riesgo de Desastres, la Plataforma del Pacífico para la Gestión del Riesgo de Desastres y la Estrategia Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en África. Por ejemplo, el Foro Europeo ha indicado que «servirá de centro para [...] intercambiar información, conocimientos e ideas y facilitar la cooperación»<sup>189</sup>. A tal fin, el Foro Europeo ha «identificado oportunidades específicas para la transmisión de ideas entre países y subregiones con el propósito de intercambiar conocimientos e información, así como para la cooperación intergubernamental e intersectorial»<sup>190</sup>. Por otra parte, el Programa de Acción Ampliado para la Aplicación de la Estrategia Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en África (2006-2015) contempla la cooperación como un sector principal de actividad relacionado con la evaluación de los riesgos. Así, hace hincapié en la cooperación «regional e internacional para evaluar y vigilar los peligros regionales y transfronterizos»<sup>191</sup>. Se afirma que la cooperación regional es importante, ya que permite utilizar eficientemente los recursos y reduce la duplicación de esfuerzos<sup>192</sup>.

75. Como obligación jurídica, la cooperación internacional para la prevención de desastres encuentra su origen en tratados bilaterales y multilaterales celebrados entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales. Un ejemplo de este último caso es un acuerdo marco de 2000 entre la Comunidad del Caribe y el Japón, que se ocupa concretamente de la cooperación para la prevención de desastres. En el marco se recoge

<sup>179</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>180</sup> Resolución 42/169 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1987, párrs. 7 y 8.

<sup>181</sup> Resolución 58/215 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2003, párr. 2.

<sup>182</sup> Véase, por ejemplo, la resolución 60/196 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2005, párr. 2.

<sup>183</sup> Resolución 59/233 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2004. Véase también la resolución 60/196, de 22 de diciembre de 2005.

<sup>184</sup> A/CONF.206/6, cap. I, resolución 2.

<sup>185</sup> Véase [www.unisdr.org/we/coordinate](http://www.unisdr.org/we/coordinate).

<sup>186</sup> A/CONF.206/6, resolución 1, quinto párrafo del preámbulo.

<sup>187</sup> Aprobada en la quinta Conferencia Ministerial de Asia sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Yogyakarta (Indonesia) en 2012.

<sup>188</sup> Aprobada en la IV Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, celebrada en la Ciudad de Panamá en julio de 2005, disponible en [www.acs-aec.org/sites/default/files/Declaracion%20de%20Panama%20sp.pdf](http://www.acs-aec.org/sites/default/files/Declaracion%20de%20Panama%20sp.pdf).

<sup>189</sup> Véase [www.preventionweb.net/files/19800\\_efdrrwebfinal.pdf](http://www.preventionweb.net/files/19800_efdrrwebfinal.pdf).

<sup>190</sup> *Ibíd.*

<sup>191</sup> Programa de Acción Ampliado para la Aplicación de la Estrategia Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en África (2006-2015) y declaración de la segunda Conferencia Ministerial Africana sobre la Reducción del Riesgo de Desastres de 2010, pág. 47, disponible en [https://www.unisdr.org/files/19613\\_bookletpoafrench.pdf](https://www.unisdr.org/files/19613_bookletpoafrench.pdf).

<sup>192</sup> «Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges», pág. 40.

el compromiso de «promover la cooperación para [...] la adopción de medidas preventivas y la rehabilitación» y se destaca que «debe promoverse la cooperación internacional para fortalecer la capacidad institucional de los organismos regionales y nacionales encargados de la prevención de desastres» y la respuesta y la gestión de emergencias<sup>193</sup>.

## 1. INSTRUMENTOS BILATERALES

76. Numerosos Estados han celebrado acuerdos bilaterales que se refieren especialmente a la cooperación en la prevención de desastres<sup>194</sup>. Ejemplos de ellos son los acuerdos entre la Argentina y España<sup>195</sup>, Guatemala y México<sup>196</sup>, Alemania y Hungría<sup>197</sup>, Francia e Italia<sup>198</sup>, la República de Corea y Polonia<sup>199</sup>, Polonia y Hungría<sup>200</sup>, Polonia y Ucrania<sup>201</sup>, Polonia y la Federación de Rusia<sup>202</sup>, la Federación de Rusia y Grecia<sup>203</sup>, Suiza e Italia<sup>204</sup>, los Estados Unidos y la Federación de Rusia<sup>205</sup>,

<sup>193</sup> Nuevo Marco para la Cooperación entre la CARICOM y el Japón en el Siglo XXI, secc. 1-1, disponible en [www.mofa.go.jp/region/latin/latin\\_e/caricom0011.html](http://www.mofa.go.jp/region/latin/latin_e/caricom0011.html).

<sup>194</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 43.

<sup>195</sup> Convenio de cooperación entre el Reino de España y la República Argentina para la previsión, prevención y asistencia mutua en caso de calamidades (Madrid, 3 de junio de 1988), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1689, n.º 29123, pág. 23.

<sup>196</sup> Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Guatemala sobre cooperación para la prevención y atención en casos de desastres naturales (Ciudad de Guatemala, 10 de abril de 1987), *ibíd.*, vol. 1509, n.º 26055, pág. 3.

<sup>197</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Hungría sobre cuestiones de interés común relativas a la seguridad nuclear y la protección radiológica (Budapest, 26 de septiembre de 1990), *ibíd.*, vol. 1706, n.º 29504, pág. 263.

<sup>198</sup> Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Italiana sobre previsión y prevención de riesgos graves y asistencia mutua en casos de desastre natural o provocado por la actividad humana (París, 16 de septiembre de 1992), *ibíd.*, vol. 1962, n.º 33532, pág. 369.

<sup>199</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Polonia sobre cooperación científica y tecnológica (Seúl, 29 de junio de 1993), *ibíd.*, vol. 1847, n.º 31455, pág. 289.

<sup>200</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y la República de Hungría sobre cooperación y asistencia mutua para la prevención de catástrofes, desastres naturales y otros sucesos graves y para la eliminación de sus efectos, de 6 de abril de 2000.

<sup>201</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y el Consejo de Ministros de Ucrania sobre cooperación y asistencia mutua para la prevención de catástrofes, desastres naturales y otros sucesos graves y para la eliminación de sus efectos, de 19 de julio de 2002.

<sup>202</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación para la prevención de desastres tecnológicos y naturales y la eliminación de sus efectos (Varsovia, 25 de agosto de 1993).

<sup>203</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en materia de prevención y respuesta ante desastres naturales y provocados por el hombre (Atenas, 21 de febrero de 2000).

<sup>204</sup> Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Italiana sobre cooperación en materia de gestión y prevención de riesgos y asistencia mutua en casos de desastre natural o provocado por el hombre (Roma, 2 de mayo de 1995).

<sup>205</sup> Memorando de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre (Moscú, 16 de julio de 1996), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º 50116.

los Estados Unidos y Polonia<sup>206</sup>, los Estados Unidos y Bulgaria<sup>207</sup>, los Estados Unidos y Ucrania<sup>208</sup>, los Estados Unidos y Filipinas<sup>209</sup>, el Uruguay y España<sup>210</sup>, España y México<sup>211</sup>, la Federación de Rusia y España<sup>212</sup>, y Francia y Malasia<sup>213</sup>. El acuerdo mencionado en último lugar ofrece un ejemplo ilustrativo del modo en que se redactan estos instrumentos para resaltar la importancia de la cooperación: «Convencidos de la necesidad de intensificar la cooperación de los organismos competentes de ambas partes en la esfera de la prevención de los riesgos graves y de la protección de las poblaciones, los bienes y el medio ambiente»<sup>214</sup>.

77. A modo de ilustración, uno de los primeros ejemplos de un acuerdo bilateral que se ocupa de la reducción del riesgo de desastres es el celebrado entre el Reino Unido y los Estados Unidos en 1958, que incluye elementos para mejorar la tecnología de previsión, el intercambio de información y la alerta temprana para huracanes. El acuerdo tenía por objeto un «programa de cooperación meteorológica» destinado a obtener «mayor precisión y rapidez en la previsión de huracanes y las alertas sobre los vientos, mareas e inundaciones destructivos que los acompañan»<sup>215</sup>.

<sup>206</sup> Protocolo de intenciones entre el Organismo Federal de Gestión de Emergencias de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Defensa de la República de Polonia sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre (Varsovia, 9 de mayo de 2000).

<sup>207</sup> Protocolo de intenciones entre el Organismo Federal de Gestión de Emergencias de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Defensa de la República de Bulgaria sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre (Washington, 24 de enero de 2000).

<sup>208</sup> Memorando de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Ucrania sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre (Kiev, 5 de junio de 2000).

<sup>209</sup> Protocolo de intenciones entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la República de Filipinas sobre cooperación y prevención y gestión de desastres (Washington, 20 de noviembre de 2001).

<sup>210</sup> Acuerdo de cooperación científica y tecnológica y de asistencia mutua en materia de protección civil y prevención de desastres, entre el Ministerio de Defensa Nacional de la República Oriental del Uruguay y el Ministerio del Interior del Reino de España (Madrid, 25 de septiembre de 1997).

<sup>211</sup> Acuerdo de cooperación científica y tecnológica y de asistencia mutua en materia de protección civil y prevención de desastres, entre el Ministerio del Interior del Reino de España y la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, de 1997.

<sup>212</sup> Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en el ámbito de la prevención de catástrofes y asistencia mutua en la mitigación de sus consecuencias (Madrid, 14 de junio de 2000), *ibíd.*, vol. 2153, n.º 37586, pág. 57.

<sup>213</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia sobre cooperación en materia de prevención y gestión en casos de desastre y seguridad civil (París, de 25 de mayo de 1998), *Journal Officiel de la République Française*, 18519, 9 de diciembre de 1996.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, cuarto párrafo del preámbulo.

<sup>215</sup> Canje de notas entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de los Estados Unidos de América constitutivo de un Acuerdo para el mantenimiento de las actividades de los centros de investigación sobre huracanes de las Islas Caimán creados en virtud del Acuerdo de 30 de diciembre de 1958, en su versión modificada por el Acuerdo de 15 de febrero de 1960 (Washington, 23 de noviembre y 12 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 603, n.º 8735, pág. 235.

78. Los Estados Unidos también han concluido varios acuerdos bilaterales con otros países que tratan de la prevención y la gestión de desastres. En un acuerdo celebrado con Polonia se indicaba que «las partes se proponen cooperar para la mitigación, preparación, respuesta y recuperación ante situaciones de desastre tecnológico de carácter natural o causado por el hombre en las esferas de la capacitación, la asistencia de expertos y el intercambio de experiencias»<sup>216</sup>. Las actividades a las que se dedicaba más atención eran la capacitación y el intercambio de información<sup>217</sup>. Un acuerdo similar, firmado con Filipinas, expresaba el deseo de ambos países de «potenciar las actividades de cooperación en la prevención y la gestión de desastres mediante un marco de colaboración que facilite el intercambio de técnicas, conocimientos e información y la transferencia de nuevas tecnologías para la gestión de las emergencias»<sup>218</sup>.

79. Hace más de dos décadas, Francia firmó acuerdos bilaterales con Italia y Grecia para abordar la cuestión de los grandes riesgos que podían dar lugar a desastres naturales. El acuerdo con Grecia, firmado en 1989, se refería a la cooperación sobre grandes riesgos naturales y contemplaba una serie de actividades relacionadas con la predicción y prevención de riesgos y la mitigación de sus efectos<sup>219</sup>. Un acuerdo similar con Italia, firmado en 1992, abarcaba la predicción y prevención de riesgos, en particular mediante el intercambio de información, como parte de un acuerdo más amplio que se refería a la prevención antes de los desastres y la respuesta una vez que estos se han producido<sup>220</sup>.

80. En 2000, Grecia y la Federación de Rusia firmaron un acuerdo bilateral con la finalidad de cooperar en la «prevención y respuesta ante desastres naturales y provocados por el hombre»<sup>221</sup>. Según el acuerdo, por «prevención de emergencias» se entendía el «conjunto de medidas adoptadas con antelación para reducir al máximo posible los riesgos de emergencia, proteger la salud de la población y reducir los daños al medio ambiente y las pérdidas materiales en casos de emergencia»<sup>222</sup>. Este acuerdo mencionaba una serie de actividades destinadas específicamente a la prevención de desastres, en particular mediante la vigilancia del medio ambiente, la evaluación de los riesgos y el intercambio de información<sup>223</sup>.

81. Otros acuerdos bilaterales celebrados por Estados para fines distintos de la reducción de riesgos incluyen disposiciones sobre la prevención de desastres. Un acuerdo bilateral celebrado en 2002 entre Sudáfrica y Nigeria se

refería a la creación de capacidad y el intercambio de información en cuestiones de salud pública, incluidas la «preparación y respuesta en casos de emergencia»<sup>224</sup>. Un acuerdo celebrado entre Alemania y Austria en 1988 que versaba principalmente sobre la cooperación para la respuesta en casos de desastre contenía también disposiciones sobre prevención de desastres<sup>225</sup>. Conforme a este acuerdo, los dos Estados debían cooperar, entre otras cosas, «en la prevención y la lucha contra los desastres o accidentes graves, mediante el intercambio de toda la información científica y técnica pertinente» y «en el intercambio de información sobre los riesgos y daños que puedan afectar al territorio del otro Estado contratante, información que deberá incluir la comunicación con carácter preventivo de datos sobre mediciones»<sup>226</sup>. Un acuerdo bilateral similar firmado entre Bélgica y Francia en 1981 incluía un artículo dedicado específicamente a la prevención de desastres en relación con la previsión y la prevención<sup>227</sup>. Este acuerdo incorporaba el compromiso de intercambiar información relativa a la previsión y la prevención<sup>228</sup>.

## 2. INSTRUMENTOS MULTILATERALES

82. A continuación, el Relator Especial examinará los textos de instrumentos multilaterales, tanto universales como regionales, que se refieren a la prevención de cualquier tipo de desastres, con independencia de sus efectos transfronterizos. Al evaluar cada instrumento, la discusión se centrará en el deber de los Estados de promulgar o aplicar medidas legislativas y reglamentarias apropiadas para cumplir sus obligaciones preventivas. Tales «medidas necesarias» son el rasgo distintivo de la diligencia debida y pueden servir para conectar esos instrumentos con una obligación de carácter más general de prevenir y mitigar los desastres.

83. No hay ningún instrumento internacional de amplio alcance que obligue a los Estados a prevenir los desastres naturales o causados por el hombre. Por el contrario, el sistema internacional ha seguido hasta ahora un enfoque fragmentado para incluir la reducción del riesgo de desastres en las obligaciones convencionales, centrándose bien en la clase de desastre (por ejemplo, los accidentes industriales o nucleares), bien en el tipo de actividad de respuesta del Estado (como la asistencia en materia de telecomunicaciones, por ejemplo). Considerados conjuntamente, estos instrumentos contienen un lenguaje común que gira en torno a las obligaciones de diligencia debida de los Estados en lo que respecta a la prevención y mitigación de ciertos desastres.

<sup>216</sup> Protocolo de intenciones... (nota 206 *supra*).

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> Véase la nota 209 *supra*.

<sup>219</sup> Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Helénica acerca del método de la cooperación franco-helénica sobre grandes riesgos naturales (París, 11 de mayo de 1989), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1549, n.º 26941, pág. 299. Conforme al artículo 1, los gobiernos «cooperarán en el ámbito de los grandes riesgos naturales. Su cooperación estará destinada a: la previsión de riesgos, cuando sea posible; la prevención de riesgos, bien para evitar que den lugar a un desastre, bien para atenuar sus efectos».

<sup>220</sup> Véase la nota 198 *supra*.

<sup>221</sup> Acuerdo sobre cooperación... (nota 203 *supra*).

<sup>222</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>223</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>224</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Sudáfrica y el Gobierno de la República Federal de Nigeria sobre cooperación en el ámbito de las ciencias médicas y de la salud (Pretoria, 28 de marzo de 2002).

<sup>225</sup> Acuerdo entre la República de Austria y la República Federal de Alemania sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave (Salzburgo, 23 de diciembre de 1988), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1696, n.º 29224, pág. 61.

<sup>226</sup> *Ibid.*, art. 13.

<sup>227</sup> Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno del Reino de Bélgica sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave (París, 21 de abril de 1981), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1437, n.º 24347, pág. 33.

<sup>228</sup> *Ibid.*, art. 11.

84. En 1980, la Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre publicó un compendio de acuerdos jurídicos para la prevención y mitigación de desastres<sup>229</sup>, que constituye un «examen exhaustivo de los conocimientos existentes sobre las causas y características de los fenómenos nacionales y las medidas de prevención que pueden tomarse para reducir o eliminar sus efectos en los países en desarrollo propensos a los desastres».

a) *Instrumentos universales*

85. El primer tratado internacional global del que puede decirse que se refirió, aunque indirectamente, a la cuestión de la prevención es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 145, que versa sobre la protección del medio marino, establece que «[s]e adoptarán [...] las medidas necesarias de conformidad con esta Convención para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades». También cabe mencionar a este respecto la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, que obliga a los Estados del curso de agua a prevenir daños a otros Estados del curso de agua y a mitigarlos. No obstante, se debe señalar que esas disposiciones en materia de prevención estaban principalmente orientadas al derecho ambiental, al igual que la mayoría de las declaraciones similares relativas a la prevención que se formularon en las dos últimas décadas del siglo XX<sup>230</sup>.

86. Como observó la Secretaría, «[l]a convención internacional contemporánea de alcance global más reciente que regula la prevención y la mitigación de desastres» es el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil<sup>231</sup>. Este Convenio, que entró en vigor en 2001, cuenta en la actualidad con 14 Estados partes y 12 signatarios y tiene por objeto promover la cooperación entre las autoridades estatales competentes en materia de protección civil «en los ámbitos de la prevención, la previsión, la preparación, la intervención y la gestión tras la crisis» (preámbulo). Aunque la mayor parte del Convenio versa sobre la asistencia entre Estados después de que se haya producido un desastre, también contempla la prevención como un elemento fundamental de «asistencia»<sup>232</sup>. Además, en el Convenio se exige, con carácter general, a los

Estados partes que se comprometan «a examinar todas las posibilidades de cooperación en materia de prevención, previsión, preparación, intervención y gestión tras la crisis»<sup>233</sup>.

87. Aparte del Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil, a menudo se menciona el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Caso de Catástrofe como uno de los instrumentos mundiales que versan sobre la reducción del riesgo de desastres<sup>234</sup>. En el Convenio de Tampere se establece expresamente que la predicción y la mitigación de los desastres es una prioridad en el ámbito de la asistencia de telecomunicaciones<sup>235</sup>. Además, el Convenio obliga a los Estados a cooperar entre sí y con las «entidades no estatales» y las organizaciones intergubernamentales con el fin de facilitar la utilización de los recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes<sup>236</sup>, que se define en el propio Convenio como «las medidas encaminadas a prevenir, predecir, observar y/o mitigar los efectos de las catástrofes, así como para prepararse y reaccionar ante las mismas»<sup>237</sup>. A fin de cumplir ese deber de cooperación, los Estados podrán desplegar equipo para «predecir y observar [...] catástrofes, así como para proporcionar información» en relación con estas<sup>238</sup>, intercambiar información entre ellos acerca de posibles catástrofes<sup>239</sup> y suministrar sin demora «asistencia de telecomunicaciones para mitigar los efectos de una catástrofe»<sup>240</sup>. Por consiguiente, al igual que el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil, el Convenio de Tampere solo exige a los Estados que «cooperen» entre sí en la reducción del riesgo de desastres. No obstante, de este deber de cooperar y de los demás artículos del Convenio se puede inferir una obligación de prevenir los desastres dentro de las fronteras de los Estados. El Convenio impone a los Estados la obligación en el ámbito interno de reducir o suprimir «los obstáculos reglamentarios a la utilización de recursos de telecomunicaciones para mitigar catástrofes y realizar operaciones de socorro»<sup>241</sup>. Por tanto, el deber de los Estados partes de utilizar las telecomunicaciones para mitigar los desastres incluye la obligación de adoptar medidas legislativas y reglamentarias para promover esa mitigación, lo cual es un reflejo de la tradicional obligación de «diligencia debida» contemplada en los instrumentos internacionales de derecho ambiental.

<sup>229</sup> *Disaster Prevention and Mitigation: A Compendium of Current Knowledge*, vol. 9, *Legal Aspects* (Nueva York, Naciones Unidas, 1980).

<sup>230</sup> Como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, además del Convenio sobre la Diversidad Biológica, párrafos octavo y noveno del preámbulo.

<sup>231</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 36. También cabe destacar que la Convención y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro contaban entre sus objetivos la prevención de los desastres (art. 2, párr. 2). Sin embargo, en 1968, la Unión fue reemplazada formalmente por la UNESCO, que no incluía la prevención de los desastres entre sus objetivos. Véase Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», pág. 183, nota 24.

<sup>232</sup> En el artículo 1, apdo. d, se define «asistencia» como «toda actuación llevada a cabo por el Servicio de Protección Civil de un Estado en beneficio de otro Estado orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias».

<sup>233</sup> Art. 4.

<sup>234</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 37 *supra* y Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States», pág. 184 (donde se examinan el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil y el Convenio de Tampere únicamente como instrumentos que crean obligaciones internacionales en materia de reducción del riesgo de desastres).

<sup>235</sup> Art. 3, párrs. 1 y 2. En su artículo 1, párr. 15, el Convenio también define las «telecomunicaciones» como «la transmisión, emisión o recepción de signos, señales mensajes escritos, imágenes, sonido o información de toda índole, por cable, ondas radioeléctricas, fibra óptica u otro sistema electromagnético».

<sup>236</sup> Art. 3, párr. 1.

<sup>237</sup> Art. 1, párr. 7.

<sup>238</sup> Art. 3, párr. 2, apdo. a.

<sup>239</sup> Art. 3, párr. 2, apdo. b.

<sup>240</sup> Art. 3, párr. 2, apdo. c.

<sup>241</sup> Art. 9, párr. 1.

88. También se puede interpretar que se impone un deber de diligencia debida en instrumentos universales que abarcan tipos concretos de posibles desastres. A diferencia del Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil y del Convenio de Tampere, las convenciones que versan sobre accidentes industriales, seguridad nuclear y daños ambientales no mencionan expresamente las situaciones de desastre. Teniendo en cuenta la definición de «desastre» proporcionada por la Comisión en el proyecto de artículo 3 de su proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, cada instrumento regula situaciones que pueden alcanzar la categoría de desastre si ocasionan «pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad». Por ejemplo, el Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales se aplica a la prevención, preparación y respuesta en caso de accidentes industriales «que puedan tener efectos transfronterizos» (art. 2), incluidos los causados por desastres naturales<sup>242</sup>. El preámbulo del Convenio sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores, 1993 (n.º 174), de la OIT, reconoce «la necesidad de velar por que se adopten todas las medidas apropiadas para: a) prevenir los accidentes mayores; b) reducir al mínimo los riesgos de accidentes mayores; c) reducir al mínimo las consecuencias de esos accidentes mayores».

89. El Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales obliga a los Estados partes a adoptar «medidas apropiadas» para prevenir los accidentes industriales aplicando «medidas preventivas, de preparación y de respuesta»<sup>243</sup>. Los Estados partes deberán adoptar «medidas legislativas [...], administrativas y financieras oportunas» para cumplir sus obligaciones en materia de prevención<sup>244</sup> y establecer mecanismos de preparación de emergencia a fin de responder a los accidentes industriales<sup>245</sup>. Por ejemplo, en el Convenio se dispone que «[l]as Partes adoptarán las medidas oportunas para prevenir los accidentes industriales, incluidas las medidas destinadas a incitar a los explotadores a actuar con el fin de reducir el riesgo de tales accidentes»<sup>246</sup>. Por tanto, aunque el Convenio solo exige a los Estados que adopten medidas para prevenir los accidentes transfronterizos, los accidentes, especialmente en el caso de desastres naturales, se producen en el interior de los Estados y la obligación de diligencia debida de estos se refiere a la prevención de los accidentes industriales internos en el ámbito nacional.

90. La actividad nuclear puede dar lugar a un tipo concreto de desastre causado por el hombre. Varios instrumentos se refieren a la prevención en ese contexto. Conforme a las disposiciones generales de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, se exige a los Estados que cooperen para reducir al mínimo las consecuencias de los desastres nucleares suscribiendo acuerdos «para impedir o reducir al mínimo las lesiones y daños que pudieran

resultar en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica»<sup>247</sup>. Asimismo, la Convención sobre Seguridad Nuclear tiene por objeto «prevenir los accidentes con consecuencias radiológicas y mitigar estas en caso de que se produjesen»<sup>248</sup>. Esta Convención, a diferencia de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, no se aplica solo a las actividades que puedan causar daños a otros Estados. Por el contrario, se aplica a todas las instalaciones nucleares civiles con independencia de los daños transfronterizos que puedan causar. Aunque la Convención sobre Seguridad Nuclear no impone expresamente en su articulado la obligación de los Estados de prevenir los accidentes nucleares, es obvio que, en su conjunto, tiene por objeto y finalidad crear obligaciones internacionales para promover la seguridad nuclear a fin de prevenir los desastres nucleares<sup>249</sup>. Además, la Convención exige a los Estados partes que adopten «las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas, así como cualesquier otras que sean necesarias» para cumplirla<sup>250</sup>. La Convención se aplica junto con la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares. Esa Convención, que cuenta con 115 Estados partes, establece un sistema de notificación, por conducto del OIEA, de todo accidente nuclear que pueda causar daño transfronterizo a otro Estado<sup>251</sup>. Además, la Convención exige a los Estados no solo que notifiquen a esos otros Estados que podrían verse afectados por los accidentes nucleares significativos a los que se hace referencia en su artículo 1 que se ha causado un daño, sino también que les suministren la información pertinente para mitigarlo<sup>252</sup>.

91. Los principales instrumentos internacionales de derecho ambiental también exigen a los Estados que adopten medidas preventivas respecto de posibles desastres ambientales. Por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático reconoce que «las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos»<sup>253</sup>. Además, la Convención exige específicamente a los países desarrollados que figuran en su anexo I que adopten políticas nacionales a fin de mitigar el cambio climático mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero<sup>254</sup> y obliga a todas las Partes a que formulen y apliquen medidas nacionales para mitigar el cambio climático<sup>255</sup>. Cabe destacar que, conforme a la Convención, el deber de los Estados de mitigar el cambio climático y sus efectos resultantes no depende de que se cause un daño transfronterizo a otros Estados. Por el contrario, la Convención se aplica a todas las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero, con independencia de sus posibles efectos en otros países. Asimismo, en 2007, los Estados partes en la Convención reconocieron el vínculo existente entre el cambio climático y la reducción del riesgo

<sup>242</sup> Art. 2, párr. 1.

<sup>243</sup> Art. 3, párr. 1.

<sup>244</sup> Art. 3, párr. 4.

<sup>245</sup> Art. 8, párr. 1.

<sup>246</sup> Art. 6, párr. 1.

<sup>247</sup> Art. 1, párrs. 1 y 2.

<sup>248</sup> Art. 1, párr. iii).

<sup>249</sup> Véase la nota precedente.

<sup>250</sup> Art. 4. Véase también el artículo 7.

<sup>251</sup> Art. 1, párr. 1.

<sup>252</sup> Art. 2.

<sup>253</sup> Art. 3, párr. 3.

<sup>254</sup> Art. 4, párr. 2, apdo. a.

<sup>255</sup> Art. 4, párr. 1, apdo. b.

de desastres mediante la aprobación del Plan de Acción de Bali, en que se exhortó a los Estados a que adaptaran sus planes nacionales en materia de cambio climático para incluir en ellos «estrategias de reducción de desastres»<sup>256</sup>.

92. Otros instrumentos en la esfera ambiental que regulan cuestiones específicas como la diversidad biológica, la desertificación y las evaluaciones del impacto ambiental también incluyen el deber de prevenir en circunstancias que podrían conducir a desastres. Por ejemplo, aunque el Convenio sobre la Diversidad Biológica se centra en la responsabilidad por los daños transfronterizos causados al medio ambiente<sup>257</sup>, también exige a los Estados partes que elaboren estrategias nacionales para la conservación ambiental<sup>258</sup> y que pongan en práctica procedimientos para evaluar el impacto ambiental de los proyectos que puedan tener efectos adversos significativos sobre la diversidad biológica<sup>259</sup>. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, exhorta a los Estados a que ejecuten programas de «lucha contra la desertificación y mitigación de los efectos de la sequía»<sup>260</sup> mediante la legislación y las medidas reglamentarias apropiadas y necesarias<sup>261</sup> y programas nacionales de acción que incluyan sistemas de alerta temprana<sup>262</sup>. Por último, el Convenio sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo establece las obligaciones que incumben a los Estados partes respecto de la evaluación del impacto ambiental de determinadas actividades en la etapa inicial de planificación. Además, el Convenio impone a los Estados la obligación general de informarse y consultarse entre sí en relación con todos los grandes proyectos que se estén estudiando y que puedan tener un considerable impacto adverso de carácter transfronterizo sobre el medio ambiente. En particular, el Convenio exige que los Estados partes adopten «todas las medidas adecuadas y eficaces para prevenir, reducir y controlar el impacto transfronterizo perjudicial importante que las actividades propuestas pueden tener sobre el medio ambiente»<sup>263</sup>. En este sentido, el Convenio, al igual que los demás tratados en materia ambiental, sigue de cerca el enunciado del artículo 3 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y establece el deber general de los Estados de prevenir daños transfronterizos significativos.

93. Por otra parte, aunque muchas convenciones en materia ambiental se centran en el deber de prevenir efectos transfronterizos perjudiciales, hay una superposición considerable entre los temas tratados en esas convenciones y las situaciones de desastre. Esos instrumentos internacionales también resultan útiles, ya que todos ellos contemplan el deber de diligencia debida.

## b) Instrumentos regionales

### i) Asia

94. En Asia y el Pacífico, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia es el instrumento internacional más específico y amplio que vincula a los Estados respecto de la prevención y la mitigación de los desastres mediante la adopción de mecanismos de reducción de riesgos. El tratado, firmado en 2005, entró en vigor en 2009 y ha sido ratificado por los diez Estados miembros de la ASEAN. Su objeto es ofrecer mecanismos eficaces para lograr una reducción sustancial de pérdidas de vidas y del patrimonio social, económico y ambiental de las Partes en caso de desastre y responder conjuntamente a las emergencias causadas por desastres<sup>264</sup>. Además, en el Acuerdo se establece que los Estados partes darán prioridad a la prevención y la mitigación y, por tanto, adoptarán medidas de precaución para prevenir, vigilar y mitigar los desastres<sup>265</sup>. En cuanto a la mitigación, el Acuerdo exige expresamente a los Estados partes que respondan inmediatamente a los desastres que se produzcan en su territorio<sup>266</sup>, y todas esas obligaciones deberán cumplirse adoptando las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias<sup>267</sup>.

95. El Acuerdo contiene tres categorías principales de obligaciones en materia de reducción del riesgo de desastres: la detección y vigilancia de los riesgos; la prevención y mitigación; y la preparación para casos de desastre. En primer lugar, los Estados partes deben detectar todos los riesgos de desastres en su territorio y asignar niveles de riesgo a cada peligro potencial<sup>268</sup>. En segundo lugar, el artículo 6 exige a los Estados partes, de forma individual y colectiva, que detecten, prevengan y reduzcan los riesgos derivados de los peligros<sup>269</sup>. A continuación, el Acuerdo impone a cada parte la responsabilidad de adoptar y aplicar medidas legislativas y reglamentarias en materia de mitigación de los desastres y de reforzar los planes locales y nacionales de gestión de los desastres<sup>270</sup>. Por último, los Estados partes tienen el deber de prepararse para los desastres estableciendo y manteniendo mecanismos nacionales de alerta temprana de los desastres<sup>271</sup> y elaborando estrategias y planes de respuesta para reducir las pérdidas ocasionadas por aquellos<sup>272</sup>. En conjunto, esas disposiciones imponen a todos los Estados miembros de la ASEAN el deber amplio de adoptar las medidas necesarias para prevenir y mitigar los desastres y prepararse para ellos.

96. Otros acuerdos (no vinculantes) de Asia también alientan a los Estados a que trabajen individual y colectivamente para reducir el riesgo de desastres. Por ejemplo, el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) aprobó el Marco del APEC de iniciativas

<sup>256</sup> FCCC/CP/2007/6/Add.1, decisión 1/CP.13, párr. 1, apdo. c, inc. iii).

<sup>257</sup> Art. 3.

<sup>258</sup> Arts. 6 y 7.

<sup>259</sup> Art. 14.

<sup>260</sup> Art. 3, apdo. a.

<sup>261</sup> Arts. 4 y 5.

<sup>262</sup> Art. 10, párr. 3, apdo. a.

<sup>263</sup> Art. 2, párr. 1.

<sup>264</sup> Art. 2.

<sup>265</sup> Art. 3, párr. 4.

<sup>266</sup> Art. 4, apdo. b.

<sup>267</sup> Art. 4, apdo. d.

<sup>268</sup> Art. 5.

<sup>269</sup> Art. 6, párr. 1.

<sup>270</sup> Art. 6, párr. 2.

<sup>271</sup> Art. 7.

<sup>272</sup> Art. 8.

de creación de capacidad en materia de preparación para casos de emergencia, en que se exhorta a los Estados a que cooperen en varias iniciativas, incluso con respecto a su marco legislativo. Los Principios del APEC sobre la respuesta y la cooperación en casos de desastre, aprobados en 2008, también exhortan a cada Estado miembro a que elabore y aplique políticas en materia de mitigación de los riesgos de desastres y de preparación para ellos y a que establezca sistemas de alerta temprana en ese ámbito<sup>273</sup>. Además, tras el tsunami que se produjo en Asia en 2004, la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional hizo suyo un marco amplio sobre alerta temprana y gestión de los desastres, en virtud del cual los Estados se comprometieron a elaborar y ejecutar programas de reducción de los riesgos en sus propios territorios y a prestar apoyo a los sistemas regionales de alerta temprana<sup>274</sup>. Asimismo, la Declaración de Delhi sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia, de 2007, incluye disposiciones amplias en que se insta a los Estados a que apliquen el Marco de Acción de Hyogo y a que establezcan y refuercen un marco legislativo para la reducción del riesgo de desastres<sup>275</sup>. En la Declaración de Dakha sobre desafíos ambientales y desastres naturales en Asia Meridional se pide que se adopten medidas regionales de prevención<sup>276</sup>. La Declaración de Incheon sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia y el Pacífico, de 2010, reafirma el compromiso con el Marco de Acción de Hyogo e insta a los gobiernos y a los actores internacionales a que pongan en práctica sus cinco prioridades de acción<sup>277</sup>.

## ii) África

97. Varias organizaciones de África han establecido organismos regionales y subregionales que facilitan instrumentos para intercambiar información y crear capacidad respecto de la reducción del riesgo de desastres. En el artículo 13, párr. 1, apdo. e, del Acta Constitutiva de la Unión Africana se establece que su Consejo Ejecutivo podrá adoptar decisiones sobre políticas en ámbitos de interés común para los Estados miembros, incluidos la protección del medio ambiente, la acción humanitaria y la respuesta y el socorro en casos de desastre. En cumplimiento de ese mandato, la Unión Africana y la Nueva Alianza para el Desarrollo de África aprobaron en 2004 la Estrategia Regional para la Reducción del Riesgo de Desastres en África<sup>278</sup>. La Estrategia tiene por objeto facilitar las iniciativas en los ámbitos subregional y nacional<sup>279</sup>.

98. Además, en 2006, la CEDEAO aprobó su política en materia de reducción del riesgo de desastres y

<sup>273</sup> Puede consultarse en [http://aimp.apec.org/Documents/2008/SOM/CSOM/08\\_csom\\_020.pdf](http://aimp.apec.org/Documents/2008/SOM/CSOM/08_csom_020.pdf).

<sup>274</sup> Puede consultarse en [www.saarc-sec.org](http://www.saarc-sec.org).

<sup>275</sup> Puede consultarse en [http://siteresources.worldbank.org/CMUDLP/Resources/Delhi\\_Declaration\\_on\\_DRR\\_2007.pdf](http://siteresources.worldbank.org/CMUDLP/Resources/Delhi_Declaration_on_DRR_2007.pdf).

<sup>276</sup> Párr. 33.

<sup>277</sup> Se puede consultar en [www.unisdr.org/files/16327\\_incheondeclaration4amcdrrev3.pdf](http://www.unisdr.org/files/16327_incheondeclaration4amcdrrev3.pdf).

<sup>278</sup> Puede consultarse en [www.unisdr.org/files/13093\\_AFRICAREGIONALDRRSTRATEGYfullPDF.pdf](http://www.unisdr.org/files/13093_AFRICAREGIONALDRRSTRATEGYfullPDF.pdf).

<sup>279</sup> Uno de los objetivos explícitos de la Estrategia es intensificar el compromiso político en materia de reducción del riesgo de desastres (párr. 3.2).

recientemente ha establecido un mecanismo de aplicación en ese ámbito, que consta de un comité de coordinación ministerial y un grupo de tareas sobre gestión de los desastres integrado en la secretaría<sup>280</sup>. Ese mecanismo se encarga de coordinar las solicitudes de asistencia internacional formuladas por los Estados y la movilización de los equipos de respuesta ante situaciones de emergencia para los Estados miembros. En 2002, la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo elaboró un programa regional de gestión del riesgo de desastres en que se trataban cuestiones relativas a la reducción y gestión del riesgo de desastres, incluido el apoyo a la promulgación de legislación nacional en materia de gestión de los desastres y la identificación de oportunidades para concluir acuerdos de asistencia mutua y desarrollo en la gestión de los desastres a nivel regional y de acuerdos transfronterizos sobre armonización de las modalidades de dicha gestión<sup>281</sup>.

99. En la actualidad, la CAO está en vías de aprobar una normativa sobre gestión y reducción del riesgo de desastres a fin de aplicar el artículo 112, párr. 1, apdo. d, del Tratado Constitutivo de la Comunidad de África Oriental, en que los Estados partes convienen en adoptar las medidas en materia de gestión, protección y mitigación de los desastres y de preparación para casos de desastre que sean necesarias, especialmente para controlar los desastres naturales y los causados por el hombre.

## iii) Región árabe

100. En la región árabe, la Liga de los Estados Árabes elaboró la Estrategia Árabe para la Reducción del Riesgo de Desastres 2020, que fue aprobada el 19 de diciembre de 2010 por el Consejo de Ministros Árabes de Medio Ambiente en su 22.ª reunión<sup>282</sup>. La Estrategia tiene dos objetivos: esbozar una visión, fijar prioridades estratégicas y determinar esferas fundamentales de aplicación para la reducción del riesgo de desastres en la región árabe y promover mecanismos institucionales y de coordinación y medidas de supervisión para apoyar la aplicación de la Estrategia en los ámbitos regional, nacional y local mediante la elaboración de un programa de acción<sup>283</sup>. Partiendo del Marco de Acción de Hyogo y teniendo en cuenta el objetivo de la Estrategia Árabe, se desarrollaron las cinco prioridades fundamentales correspondientes que se indican a continuación: reforzar el compromiso de reducir el riesgo de desastres con carácter amplio en todos los sectores; desarrollar la capacidad para detectar, evaluar y vigilar los riesgos de desastres; crear capacidad de resistencia mediante el conocimiento, la promoción, la investigación y la formación; acentuar la rendición de cuentas en la gestión de los riesgos de desastres en los ámbitos subnacional y local; e integrar la reducción del riesgo de desastres en la respuesta de emergencia,

<sup>280</sup> La política puede consultarse en [www.preventionweb.net/files/4037\\_ECOWASpolicyDRR.pdf](http://www.preventionweb.net/files/4037_ECOWASpolicyDRR.pdf). Conforme a la política, las autoridades nacionales reconocen la necesidad de establecer instituciones y fortalecerlas a fin de aumentar la resistencia ante los peligros, por lo que en la subregión se está intensificando el compromiso político en materia de reducción del riesgo de desastres (párr. 2.2.1).

<sup>281</sup> Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo, «Disaster risk management programme for the IGAD region», pág. 18.

<sup>282</sup> Puede consultarse en <https://www.preventionweb.net/publications/view/18903>.

<sup>283</sup> Puede consultarse en [https://www.preventionweb.net/files/18903\\_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf](https://www.preventionweb.net/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf).

la preparación y la recuperación<sup>284</sup>. Se determinó que el Programa se ejecutaría en dos fases, con una revisión en 2015, y que en 2020 se obtendría el resultado previsto de reducir sustancialmente las pérdidas causadas por los desastres, tanto de vidas como del patrimonio social, económico y ambiental de las comunidades y los países de la región árabe<sup>285</sup>.

#### iv) Europa

101. La evolución en Europa en este ámbito se ha centrado en la participación de la UE en las estrategias de prevención, preparación y mitigación que inicialmente se conocían como protección civil. Desde 1985, cuando una reunión a nivel ministerial celebrada en Roma trató la cuestión, se han aprobado varias resoluciones sobre protección civil, que han fijado las bases sobre las que se asienta en la actualidad la reducción del riesgo de desastres<sup>286</sup>. La protección civil de la Unión alcanzó una categoría superior con la aprobación del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reguló las competencias de los órganos de la UE, en particular por lo que respecta al artículo 196 del Tratado, en materia de protección civil y estableció un fundamento jurídico de las acciones de la Unión en ese ámbito.

102. La competencia atribuida en el artículo 196 solo es una competencia complementaria «para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de estos en dichos ámbitos» (art. 2 A, párr. 5). En el Tratado de Lisboa se establece lo siguiente:

1. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros con el fin de mejorar la eficacia de los sistemas de prevención de las catástrofes naturales o de origen humano y de protección frente a ellas.

La acción de la Unión tendrá por objetivo:

a) apoyar y complementar la acción de los Estados miembros a escala nacional, regional y local por lo que respecta a la prevención de riesgos, la preparación de las personas encargadas de la protección civil en los Estados miembros y la intervención en caso de catástrofes naturales o de origen humano dentro de la Unión;

b) fomentar una cooperación operativa rápida y eficaz dentro de la Unión entre los servicios de protección civil nacionales;

c) favorecer la coherencia de las acciones emprendidas a escala internacional en materia de protección civil.

<sup>284</sup> *Ibíd.*, pág. 4.

<sup>285</sup> *Ibíd.*

<sup>286</sup> Resolución de 25 de junio de 1987 relativa al establecimiento de una cooperación comunitaria en materia de protección civil (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n.º C 176/1, 4.7.87); resolución de 13 de febrero de 1989 relativa a los nuevos progresos de la cooperación comunitaria en materia de protección civil (*ibíd.*, n.º C 44/3, 23.2.89); resolución de 23 de noviembre de 1990 relativa a la cooperación comunitaria en materia de protección civil (*ibíd.*, n.º C 315/1, 14.12.90); resolución de 8 de julio de 1991 sobre la mejora de la asistencia recíproca entre Estados miembros en caso de catástrofes naturales o tecnológicas (*ibíd.*, n.º C 198/1, 27.7.91); resolución de 31 de octubre de 1994 relativa al fortalecimiento de la cooperación comunitaria en materia de protección civil (*ibíd.*, n.º C 313/1, 10.11.94); y resolución de 26 de febrero de 2001 relativa al fortalecimiento de las capacidades de la Unión Europea en materia de protección civil (*ibíd.*, n.º C 82/1, 13.3.01).

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán las medidas necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos contemplados en el apartado 1, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros<sup>287</sup>.

103. Por último, el artículo 188 R del Tratado, conocido como «cláusula de solidaridad», consagra la obligación de los Estados miembros de actuar «conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es [...] víctima de una catástrofe natural o de origen humano». Esta norma de «derecho positivo» diferencia a la Unión de otros sistemas regionales de coordinación en el sentido de que todas las medidas adoptadas por la Unión conforme a esa disposición tendrán que ser promulgadas siguiendo el procedimiento legislativo ordinario (art. 294 del Tratado) y, por consiguiente, pasarán a formar parte de la legislación comunitaria en forma de reglamentos, directivas y decisiones<sup>288</sup>.

104. En 2001, la UE estableció el Mecanismo Comunitario de Protección Civil para «garantizar una protección más eficaz en la eventualidad de situaciones de emergencia de carácter natural, tecnológico, radiológico y medioambiental»<sup>289</sup>. El Mecanismo, que se reformó y actualizó en 2007<sup>290</sup>, permitió reforzar de manera satisfactoria las estrategias de protección de la Unión en situaciones de emergencia de cara a los años posteriores, incluso en terceros Estados<sup>291</sup>. Recientemente la UE ha propuesto una decisión para dotarse de un nuevo mecanismo reformado de protección civil<sup>292</sup>. Si bien el Mecanismo en vigor desde 2007 hace hincapié principalmente en la preparación y la respuesta, la reforma de 2007 contemplaba algunas normas sobre prevención y alerta temprana<sup>293</sup>. En contraste, la propuesta tiene por objeto desarrollar un «enfoque integrado» de la gestión de los desastres, incluidas la prevención, la preparación y la respuesta. La propuesta en cuestión supondría el establecimiento de un centro de reacción urgente, el desarrollo de situaciones hipotéticas de referencia para los principales tipos de catástrofes, la elaboración de planes de emergencia en los Estados miembros y la asignación previa de activos en materia de protección civil (fondo común)<sup>294</sup>. Por tanto,

<sup>287</sup> Art. 176 C.

<sup>288</sup> Gestri, «EU Disaster response law: principles and instruments», págs. 116 y 117.

<sup>289</sup> Decisión del Consejo, de 23 de octubre de 2001, por la que se establece un mecanismo comunitario para facilitar una cooperación reforzada en las intervenciones de ayuda en el ámbito de la protección civil (2001/792/EC), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n.º L 297/8, 15.11.01.

<sup>290</sup> Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, por la que se establece un Mecanismo Comunitario de Protección Civil (Refundición) (2007/779/EC), *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 314/9, 1.12.07.

<sup>291</sup> Véase la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la mejora del mecanismo comunitario de protección civil (COM (2005) 137 final), pág. 2.

<sup>292</sup> Véase la propuesta de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión (COM (2011) 934).

<sup>293</sup> Véase la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE en apoyo de la reducción del riesgo de catástrofes en los países en desarrollo (COM (2009) 84 final).

<sup>294</sup> Propuesta de decisión relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión (nota 292 *supra*).



un objetivo concreto sería «lograr un elevado nivel de protección contra las catástrofes mediante la prevención o la reducción de sus efectos y el fomento de una cultura de prevención» y «mejorar el estado de preparación de la Unión para responder a las catástrofes»<sup>295</sup>.

105. La participación de la UE en la puesta en marcha de enfoques de reducción del riesgo de desastres se puede apreciar mejor en varias actividades normativas realizadas en su ámbito. En 2008, la Comisión Europea aprobó una comunicación sobre el refuerzo de la capacidad de reacción de la Unión en caso de catástrofes, que constituyó un intento inicial por avanzar hacia un enfoque de la Unión en materia de reducción del riesgo de desastres. En 2009, la Comisión Europea aprobó dos comunicaciones relativas a la reducción del riesgo de desastres: un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano<sup>296</sup> y una estrategia en apoyo de la reducción del riesgo de catástrofes en los países en desarrollo<sup>297</sup>. La primera comunicación desempeña un papel fundamental en los esfuerzos de la UE por lograr un entorno común favorable para la reducción del riesgo de desastres<sup>298</sup>. En particular, en esa comunicación se señalan los siguientes ámbitos concretos en que la actuación a nivel de la Unión puede aportar un valor añadido: crear un inventario en el ámbito de la Unión de la información y las mejores prácticas existentes; preparar directrices sobre la elaboración de mapas de peligrosidad y riesgo; vincular a actores y políticas a lo largo del ciclo de gestión de las catástrofes; mejorar el acceso a los sistemas de alerta rápida; y utilizar de manera más eficiente la financiación comunitaria.

106. El 20 de marzo de 1987, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la resolución 87 2) por la que se estableció un grupo de cooperación para la prevención, la protección y la organización del socorro en caso de catástrofes naturales y tecnológicas graves. Ese foro intergubernamental, conocido actualmente como «Acuerdo Europeo y Mediterráneo sobre Grandes Riesgos», promueve la investigación, la información pública y el diálogo sobre políticas en temas relacionados con los desastres entre sus 27 Estados miembros.

107. El Consejo de Europa ha destacado el carácter imperativo del deber de prevenir y mitigar los riesgos de desastres nucleares. En la resolución 1087 (1996) sobre las consecuencias del desastre de Chernobyl, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reconoció que era indispensable adoptar medidas urgentes que tengan la consideración de prioridad esencial para la comunidad internacional y aplicar disposiciones prácticas para evitar, o al menos reducir, los riesgos de un desastre nuclear (párrs. 10 y 11).

108. Los grupos subregionales europeos también se han mantenido activos en lo que se refiere a la firma de

acuerdos vinculantes que contenían aspectos relativos a la reducción del riesgo de desastres. Por ejemplo, en 1998, el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados Participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre Colaboración en Materia de Asistencia y Respuesta de Emergencia ante Desastres Naturales y Provocados por el Hombre estableció procedimientos para solicitar asistencia, pidió a los Estados requirentes que aseguraran una recepción y una distribución, sin impedimentos, de los bienes destinados a la asistencia exclusivamente entre la población afectada sin discriminación y los exhortó a que simplificaran y aceleraran los procedimientos aduaneros y eliminaran los derechos y aranceles aduaneros. En 1992, los Estados miembros de la Iniciativa de Europa Central aprobaron el Acuerdo de Cooperación sobre el Pronóstico, la Prevención y la Mitigación de los Desastres Naturales y Tecnológicos, en que se exigía a esos Estados que cooperaran entre sí para adoptar medidas de prevención y mitigación (arts. 1 y 2). Además, el Acuerdo creó un comité conjunto responsable de elaborar procedimientos a fin de intensificar la solidaridad para la cooperación en respuesta a los desastres (arts. 4 y 5).

#### v) América Latina y el Caribe

109. La Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, de 1991, es la única convención regional para todo el continente americano relacionada directamente con los desastres. La Convención, que entró en vigor en 1996, se centra exclusivamente en la respuesta a los desastres y, por tanto, tiene un valor limitado en cuanto a la determinación de las responsabilidades de los Estados en la etapa anterior al desastre.

110. Sin embargo, en el ámbito subregional los acuerdos están asignando cada vez mayor importancia a la prevención y la mitigación de los desastres. En 1999, la Asociación de Estados del Caribe aprobó su propio tratado sobre respuesta en casos de desastre, el Acuerdo entre los Estados Miembros y Miembros Asociados de la Asociación de Estados del Caribe para la Cooperación Regional en Materia de Desastres Naturales<sup>299</sup>. En el Acuerdo se establece expresamente que su objetivo es crear «mecanismos jurídicamente vinculantes que promuevan la cooperación para la prevención, mitigación y atención de los desastres naturales» (art. 2). Conforme al Acuerdo, las Partes Contratantes convienen en promover «la formulación e instrumentación de normativas y leyes, políticas y programas para la atención y prevención de desastres naturales, en forma gradual y progresiva» (art. 4, párr. 1), incluso estableciendo «directrices y criterios comunes» en varias esferas, como la «clasificación y manejo de suministros y donativos humanitarios» (art. 7). En la Declaración de Panamá<sup>300</sup>, aprobada en la IV Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, se afirmó la importancia de la prevención para reducir la vulnerabilidad frente a los desastres en los siguientes términos:

Reconocemos la vulnerabilidad de nuestros países y territorios frente a los desastres naturales, y el impacto negativo que estos tienen en nuestros esfuerzos para asegurar un desarrollo sostenible; de igual manera, compartimos la idea de que la mejor forma para combatir la vulnerabilidad frente a los desastres naturales es mediante la

<sup>295</sup> *Ibíd.*, art. 3, párr. 1, adpos. a y b.

<sup>296</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano (COM (2009) 82 final).

<sup>297</sup> Véase la nota 293 *supra*.

<sup>298</sup> Véase La Vaccara, «An enabling environment for disaster risk reduction», págs. 199 y 208.

<sup>299</sup> El Acuerdo todavía no ha entrado en vigor.

<sup>300</sup> Véase la nota 188 *supra*.

integración de la gestión y la reducción de riesgos de desastres en las políticas y planes de desarrollo en todos los niveles de nuestros gobiernos. Asimismo, reafirmamos la importancia de la cooperación internacional, en especial al nivel regional, para fortalecer a las instancias nacionales y regionales dedicadas a la prevención y mitigación de riesgos y desastres naturales.<sup>301</sup>

111. Otros instrumentos subregionales han establecido organismos para coordinar la labor de reducción del riesgo de desastres. Por ejemplo, en 1991, los Estados miembros de la Comunidad del Caribe aprobaron el Acuerdo por el que se Establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre. En el Acuerdo se encarga al Organismo la tarea de crear una capacidad nacional en materia de respuesta en casos de desastre. Los Estados partes se comprometen a adoptar diferentes medidas para asegurar que sus sistemas nacionales de respuesta en casos de desastre estén preparados adecuadamente (art. 4). Además, se comprometen a reducir los obstáculos jurídicos a la entrada de personal y de bienes, a ofrecer protección e inmunidad de responsabilidad y en materia tributaria a los Estados que presten asistencia y a su personal de socorro y a facilitar el tránsito (arts. 21 a 23).

112. Además, en 1993, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá crearon el Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres Naturales en América Central, en el marco del Sistema de la Integración Centroamericana, como organismo especializado encargado de coordinar la ejecución del Plan Regional de Reducción de Desastres. En 2003, el Centro de Coordinación revisó su acuerdo constitutivo para que reflejara principios como la cooperación internacional, la promoción de los derechos humanos (incluido el derecho a la protección frente a los desastres) y la participación de la ciudadanía en la planificación de la gestión de los desastres. El propio Centro de Coordinación se encarga de facilitar la asistencia técnica y la cooperación entre los Estados miembros en materia de prevención y mitigación de los desastres.

#### D. Política y legislación nacionales

113. Como se señaló anteriormente<sup>302</sup>, tras la celebración del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, los Estados pusieron en marcha distintas actividades a fin de unir esfuerzos para prepararse mejor para los desastres y reducir sus efectos perniciosos. Como consecuencia de ello, se suscribieron dos acuerdos principales —la Estrategia de Yokohama y el Marco de Acción de Hyogo— en que se pidió a los Estados que implementaran legislación nacional que previera la prevención y mitigación de desastres y la preparación para estos.

114. Como se dijo antes<sup>303</sup>, los Estados han aplicado el Marco de Acción de Hyogo mediante la incorporación de la reducción del riesgo de desastres en sus marcos normativos y jurídicos nacionales. En el examen realizado en 2011, 64 Estados o zonas distribuidos uniformemente en todos los continentes y regiones, entre ellos en las principales zonas proclives a la producción de peligros. Esos

Estados y zonas fueron los siguientes: Alemania, Anguila, Argelia, Argentina, Armenia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Estados Unidos, Fiji, Finlandia, Georgia, Ghana, Guatemala, Honduras, India, Indonesia, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Madagascar, Malasia, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Dominicana, República Democrática Popular Lao, República Unida de Tanzania, ex República Yugoslava de Macedonia, Saint Kitts y Nevis, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Vanuatu y Venezuela (República Bolivariana de).

115. Más recientemente, la UNISDR señaló que 76 Estados habían aprobado plataformas nacionales, que fueron definidos como un «mecanismo de coordinación para la incorporación de una perspectiva de reducción de riesgos en las políticas, la planificación y los programas de desarrollo», con objeto de aplicar estrategias de reducción de desastres<sup>304</sup>.

116. La Secretaría ha señalado que los marcos normativos y jurídicos que se relacionan más directamente con la prevención han sido aplicados en general a nivel nacional, y no a nivel regional o internacional<sup>305</sup>. Varios países han aprobado legislación que prevé específicamente la reducción de desastres, sea en forma de leyes aisladas, o como parte de un marco jurídico más amplio relativo tanto a la gestión de riesgos de desastre como a una respuesta para esos casos. Entre los Estados que han aprobado leyes nacionales de reducción de riesgos de desastres figuran, en orden alfabético inglés: Argelia<sup>306</sup>, Camerún<sup>307</sup>, República Dominicana<sup>308</sup>, El Salvador<sup>309</sup>, Estonia<sup>310</sup>, Francia<sup>311</sup>, Guatemala<sup>312</sup>, Haití<sup>313</sup>, Hungría<sup>314</sup>, India<sup>315</sup>, Indonesia<sup>316</sup>,

<sup>304</sup> Véase [www.unisdr.org/partners/countries](http://www.unisdr.org/partners/countries) para una lista que se actualiza continuamente de los Estados que han aprobado plataformas nacionales.

<sup>305</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 33.

<sup>306</sup> Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, de 25 de diciembre de 2004, que puede consultarse en [www.mtp.gov.dz/GUIDE%20JURIDIQUE/textes-de-portee-generale/5-Loi-n2004-20.pdf](http://www.mtp.gov.dz/GUIDE%20JURIDIQUE/textes-de-portee-generale/5-Loi-n2004-20.pdf).

<sup>307</sup> Camerún, Decreto n.º 037/PM de 19 de marzo de 2003, por el que se crea, organiza y ordena el funcionamiento de un Observatorio Nacional de Riesgos.

<sup>308</sup> República Dominicana, Decreto n.º 874-09 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley n.º 147-02, sobre Gestión de Riesgos y deroga los capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto n.º 932-03 (2009).

<sup>309</sup> El Salvador, Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (2005).

<sup>310</sup> Estonia, Ley de Preparación para Emergencias (2000).

<sup>311</sup> Francia, Ley n.º 2003-699 de Prevención de Riesgos Tecnológicos y Naturales y Reparación de Daños (2003).

<sup>312</sup> Guatemala, Decreto n.º 109-96, Ley de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres de Origen Natural o Provocado (1996).

<sup>313</sup> Haití, Plan Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (1998).

<sup>314</sup> Hungría, Ley LXXIV de Gestión y Organización para la Prevención de Desastres y la Prevención de Grandes Accidentes Producidos por Sustancias Peligrosas (1999).

<sup>315</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, n.º 53 (2005), que puede consultarse en <https://indiacode.nic.in/>.

<sup>316</sup> Indonesia, Ley n.º 24 de 2007 de Gestión de Desastres.

<sup>301</sup> Párr. 20.

<sup>302</sup> Véase el párrafo 35 *supra*.

<sup>303</sup> Véase también el párrafo 35 *supra*.

Italia<sup>317</sup>, Madagascar<sup>318</sup>, Namibia<sup>319</sup>, Nueva Zelandia<sup>320</sup>, Pakistán<sup>321</sup>, Perú<sup>322</sup>, Filipinas<sup>323</sup>, República de Corea<sup>324</sup>, Eslovenia<sup>325</sup>, Sudáfrica<sup>326</sup>, provincia china de Taiwán<sup>327</sup>, Tailandia<sup>328</sup> y Estados Unidos<sup>329</sup>.

117. Para ilustrar lo dicho precedentemente, pueden citarse algunos ejemplos de cómo integrar una perspectiva de prevención en marcos legislativos o normativos. Sudáfrica, tras aprobar la Ley de Gestión de Desastres en 2002, publicó un documento de políticas detallado sobre su marco nacional de gestión de desastres. Además, Sudáfrica cuenta con varias leyes sobre desastres, en particular incendios, y leyes relacionadas con la prevención de desastres, como las que se refieren a la evaluación de los efectos ambientales. Namibia incorporó una perspectiva de prevención en su Ley de Gestión de Riesgos de Desastres de 2012, con la intención «de establecer un enfoque integrado y coordinado para la gestión de desastres centrado en la prevención o reducción del riesgo de desastres, la mitigación de su gravedad, la preparación para emergencias, el suministro de una respuesta rápida y eficaz a los desastres y la recuperación posterior a estos»<sup>330</sup>. Filipinas incluyó la prevención en las estructuras de gobernanza, y la definió de la siguiente manera:

El evitamiento directo de los efectos negativos de los peligros y desastres conexos. Expresa el concepto y la intención de evitar totalmente esos posibles efectos negativos gracias a la adopción previa de medidas, como la construcción de diques o terraplenes que eliminen el riesgo de inundaciones, la reglamentación del uso de la tierra que prohíba asentamientos en zonas de alto riesgo, y el diseño de ingeniería antisísmica que asegure la supervivencia y la función de un edificio esencial ante la posibilidad de un terremoto<sup>331</sup>.

118. Recientemente Colombia ha reforzado su marco normativo nacional para la gestión de desastres y ha incluido la prevención en un único marco integral. La Ley por la que se establece el Sistema Nacional de

<sup>317</sup> Italia, Decreto del Primer Ministro por el que se establece una plataforma nacional para la reducción de riesgos de desastre (2008).

<sup>318</sup> Madagascar, Decreto n.º 2005-866 por el que se regula la aplicación de la Ley n.º 2003-010, de 5 de septiembre de 2003 de política nacional de gestión de riesgos y desastres (2005).

<sup>319</sup> Namibia, Ley de Gestión de Riesgos de Desastres (2012).

<sup>320</sup> Nueva Zelandia, Decreto sobre el Plan Nacional de Gestión de Emergencias para la Defensa Civil de 2005 (SR 2005/295), parte 3.

<sup>321</sup> Pakistán, Ley Nacional de Gestión de Desastres (2010). Véase también la declaración oficial del Gobierno del Pakistán en el tercer período de sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, en 2011, que puede consultarse en [www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf](http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf).

<sup>322</sup> Perú, Ley n.º 29664 que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (2011).

<sup>323</sup> Filipinas, Ley de Gestión de Riesgos de Desastres (2006).

<sup>324</sup> República de Corea, Ley Nacional de Contramedidas para Casos de Desastre (1995); Ley Nacional de Gestión de Desastres (2010).

<sup>325</sup> Eslovenia, Ley de Protección contra Desastres Naturales y Otros Desastres (2006).

<sup>326</sup> Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002.

<sup>327</sup> Provincia china de Taiwán, Ley de Prevención de Desastres y Respuesta a los Desastres (2002).

<sup>328</sup> Tailandia, Ley de Prevención y Mitigación de Desastres (2007).

<sup>329</sup> Estados Unidos, Ley de Mitigación de Desastres (2000).

<sup>330</sup> Namibia, Ley de Gestión de Riesgos de Desastres n.º 10, 2012, párrafo del preámbulo.

<sup>331</sup> Filipinas, Ley de Aplicación de Reglas y Reglamentos de la República n.º 10121, regla 2, art. 11).

Gestión del Riesgo de Desastres, aprobada en abril de 2012, incluye disposiciones tanto sobre la prevención como sobre la respuesta a los desastres. La Ley establece un marco en que intervienen varios órganos de gobierno como la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres y el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres<sup>332</sup>.

119. Varios Estados también han puesto en marcha políticas que se centran en la reducción de riesgos de desastres, para complementar la legislación, o como medidas aisladas. Por ejemplo, Ghana ha elaborado una política nacional de reducción de riesgos de desastres para incorporar esa reducción en la planificación y las actividades que realizan las instituciones públicas. En el tercer período de sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrado en 2011, Ghana declaró que la reducción de riesgos de desastres era uno de los principales factores de la buena gobernanza y el desarrollo sostenible<sup>333</sup>. Bangladesh constituye otro ejemplo de cómo pueden adoptarse políticas sólidas a falta de una ley formal, dado que ha coordinado 12 ministerios en un programa integral de gestión de desastres y formulado un plan nacional de gestión de desastres para el período 2010-2015, además de haber adoptado una estrategia y un plan de acción para el cambio climático (2009) y un reglamento sobre desastres<sup>334</sup>.

120. Esta sección no tiene por finalidad presentar una lista exhaustiva de leyes nacionales sobre la reducción de riesgos de desastres, sino meramente intentar hacer una reseña de distintos enfoques adoptados. Si bien el análisis que se realiza a continuación se refiere principalmente a legislación específicamente orientada a la gestión de desastres, otros tipos de leyes también resultan pertinentes, como las relativas a las previsiones meteorológicas, los seguros, las restricciones al uso de la tierra, y el derecho a la información. La legislación mencionada en último término se discutirá brevemente más adelante. En esta sección se resumirán los principales elementos que contienen las leyes para la gestión de desastres de 14 Estados distintos desde el punto de vista geográfico y económico, algunos de los cuales fueron mencionados en el memorando de la Secretaría<sup>335</sup>, en tanto que otros fueron elegidos para presentar una muestra más variada que tuviera en cuenta la geografía y el desarrollo económico. En esta sección se examinarán las características de las leyes sobre desastres aprobadas por Argelia<sup>336</sup>, Bolivia (Estado Plurinacional de)<sup>337</sup>,

<sup>332</sup> Banco Mundial, «Por primera vez, Colombia tiene una política de prevención y sensibilización para casos de desastres naturales», Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, 24 de abril de 2012.

<sup>333</sup> Véase [www.preventionweb.net/files/globalplatform/globalplatform2011ghana.docx](http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/globalplatform2011ghana.docx).

<sup>334</sup> En el tercer período de sesiones de la Plataforma Mundial, celebrado en 2011, el Gobierno de Bangladesh señaló que seguía considerando con interés la posibilidad de elaborar una ley nacional de gestión de desastres. Véase <http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/bangladeshrevisedstatement.pdf>.

<sup>335</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3.

<sup>336</sup> Véase la nota 306 *supra*.

<sup>337</sup> Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres (2000), Ley n.º 2140, que puede consultarse en [https://www.preventionweb.net/files/30230\\_bol2140.pdf](https://www.preventionweb.net/files/30230_bol2140.pdf).

Colombia<sup>338</sup>, Costa Rica<sup>339</sup>, Cuba<sup>340</sup>, la India<sup>341</sup>, el Japón<sup>342</sup>, Nicaragua<sup>343</sup>, Filipinas<sup>344</sup>, Sudáfrica<sup>345</sup>, Sri Lanka<sup>346</sup>, el Reino Unido<sup>347</sup>, los Estados Unidos<sup>348</sup>, y Viet Nam<sup>349</sup>.

121. Antes de describir en algún detalle los elementos fundamentales de las leyes, se explorarán en la presente sección dos aspectos comunes de esa legislación que demuestran que los Estados reconocen su obligación de adoptar medidas para hacer frente a los desastres. En primer lugar, no existen grandes variaciones entre los Estados en lo que respecta a la determinación del alcance del problema que procuran resolver. La legislación tiene principalmente por objeto proteger contra los desastres naturales y antropogénicos. La diferencia más importante radica en la especificidad de los ejemplos que figuran en el texto de la legislación. Por ejemplo, Sri Lanka incorpora en su definición de catástrofes naturales o antropogénicas una larga lista de hechos que podrían considerarse tales, como deslizamientos de tierras, ciclones, incendios, accidentes químicos, conflictos civiles o luchas intestinas, desastres nucleares y derrames de petróleo<sup>350</sup>. En Nicaragua, la ley se refiere tanto a los desastres naturales como a los provocados por el ser humano, pero presenta una larga lista de hechos que podrían considerarse desastres naturales, sin presentar una lista paralela de los desastres antropogénicos<sup>351</sup>. Otros Estados han elaborado una amplia definición de desastre sin dar ejemplos más concretos. Por ejemplo, la legislación de Filipinas define «desastre»

como «una perturbación grave del funcionamiento de una comunidad»<sup>352</sup>. Algunas leyes se refieren específicamente a las inundaciones y las tormentas: aunque este alcance más limitado suele reflejarse en el título, podría aplicarse tanto a las inundaciones naturales como a las provocadas por el ser humano<sup>353</sup>. Varios Estados también incluyen el requisito de que el hecho cause daño a las personas, los bienes o la economía para considerarlo realmente un desastre<sup>354</sup>. Sin embargo, tomadas en su conjunto, estas leyes demuestran que existe un reconocimiento de la obligación de elaborar legislación que aborde la cuestión de los desastres naturales y antropogénicos.

122. Un segundo elemento de la legislación sobre desastres que pone de manifiesto las obligaciones de los Estados son los dos métodos diferenciados mediante los cuales estos indican el objeto, el propósito y los objetivos de la legislación. El método más común es que la legislación tiene por objeto establecer un marco para gestionar los riesgos de desastre con miras a prevenirlos, mitigar los daños y aumentar la preparación de un Estado para casos de desastre<sup>355</sup>. Algunos otros Estados

<sup>338</sup> Colombia, Ley n.º 1523, de 24 de abril de 2012, por la que se adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. Poco después de la aprobación de la ley, el Banco Mundial publicó un estudio amplio de las políticas de gestión de riesgo de desastres en Colombia, en que criticó el marco del país, lo que pudo haber influido en la reforma de esa legislación. Véase Banco Mundial, *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia. Un aporte para la construcción de políticas públicas*.

<sup>339</sup> Costa Rica, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo (2011), Ley n.º 8488, de 11 de enero de 2006.

<sup>340</sup> Farber y Chen, *Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, págs. 211 y 212.

<sup>341</sup> Véase la nota 315 *supra*.

<sup>342</sup> Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, Ley n.º 223 (1961).

<sup>343</sup> Nicaragua, Ley n.º 337 (2000), Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres.

<sup>344</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), Ley de la República n.º 10121 (2009).

<sup>345</sup> Véase la nota 326 *supra*.

<sup>346</sup> Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, n.º 13 de 2005, 13 de mayo de 2005.

<sup>347</sup> Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas (2010).

<sup>348</sup> Estados Unidos, Ley de Seguridad Interior de 2002, 6 U.S.C. párrs. 311 a 321 (en la que se establece la misión, las obligaciones y las facultades del Organismo Federal de Gestión de Emergencias).

<sup>349</sup> Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, n.º 09-L/CTN (1993).

<sup>350</sup> Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, art. 25. Véase también Argelia, Ley de Gestión de Desastres y Prevención de Riesgos, arts. 2 y 10 (en que se incluyen los terremotos, las inundaciones, los incendios, los accidentes industriales y nucleares y las epidemias); y Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 2, en que se señala que «desastre» se refiere a tormentas, inundaciones, terremotos, tsunamis u otros hechos naturales inusuales, una conflagración o explosión o cualquier otro daño de similar envergadura.

<sup>351</sup> Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, art. 3.

<sup>352</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párr. 3. Véase también Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 1 (que se refiere a la protección contra toda amenaza natural, tecnológica y antropogénica); Estados Unidos, 6 U.S.C., párr. 313, b), 2), A) (que protege «contra el riesgo de desastres naturales, actos de terrorismo y otros desastres antropogénicos, incluidos los incidentes catastróficos»); India, Ley de Gestión de Desastres, art. 2 (en que «desastre» se refiere a las catástrofes naturales o antropogénicas o a los accidentes o negligencias).

<sup>353</sup> Véase Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, art. 2; Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 1 (que abarca inundaciones y erosiones costeras, entre ellas quiebres de diques, aunque no las inundaciones provocadas por fuertes lluvias que hagan desbordar el sistema de cloacas).

<sup>354</sup> Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, párr. 1 (según la cual se entiende por «desastre» «un hecho progresivo o súbito, generalizado o localizado, natural o antropogénico que cause o amenace con causar muerte, lesiones o enfermedades, daños a la propiedad, infraestructura o medio ambiente, o la alteración grave de la vida de una comunidad, y cuya magnitud exceda la capacidad de las personas afectadas por el desastre de hacer frente a sus efectos utilizando solo sus propios recursos»); y Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, art. 4, párr. 8 (en que se declara que los desastres son el resultado de eventos naturales o antropogénicos no intencionales que causan daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales).

<sup>355</sup> Véase Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, preámbulo (en que se establece «una política de gestión de desastres centrada en la prevención o reducción del riesgo de desastres, que mitiga la gravedad de los desastres, la preparación para emergencias, una respuesta rápida y eficaz a los desastres y recuperación posterior al desastre»); Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, preámbulo (en que se establecen disposiciones relativas a actividades que se llevan a cabo para prevenir, controlar y mitigar las consecuencias de las inundaciones y tormentas); Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, preámbulo (en que se establece que la ley regula la gestión de riesgos relacionados con las inundaciones y las erosiones costeras); Estados Unidos, 6 U.S.C., párr. 313, b), 2), A) (que lidera «los esfuerzos de la nación para prepararse y protegerse contra los desastres, responder a ellos y recuperarse de ellos»); India, Ley de Gestión de Desastres, preámbulo (en que se prevé la gestión eficaz de desastres); Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, art. 1 (en que se dispone que el objeto de la ley es establecer los principios, normas, disposiciones e instrumentos necesarios para crear un sistema orientado

también complementan esas declaraciones de propósito con objetivos más generales, como proteger la vida<sup>356</sup>, o mencionan las razones que llevaron a la aprobación de la ley, por ejemplo, haber ya experimentado desastres<sup>357</sup>. Sin embargo, la Ley Nacional de Gestión de Desastres de la India, por ejemplo, establece expresamente medidas para la prevención de desastres, la integración de medidas de mitigación y el desarrollo de la capacidad de preparación para casos de desastre<sup>358</sup>. Los Estados Unidos adoptan un enfoque ligeramente más preciso, y sugieren que el Organismo Federal de Gestión de Emergencias «elabore directrices» sobre la «identificación de posibles peligros y evaluación de riesgos y efectos; la mitigación del impacto de una gran variedad de peligros [...] y la gestión de los recursos necesarios para la preparación de emergencias y la respuesta a los desastres»<sup>359</sup>. En estas declaraciones de intención, los Estados mencionan la prevención, la mitigación y la preparación como objetivos concretos. En aras de la coherencia, en la presente sección se hará referencia a esos tres reconocidos componentes del marco para la reducción de los desastres al describir las características específicas de las leyes de los Estados.

## 1. PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS

123. La prevención de los riesgos se refiere a las medidas que los Estados adoptan para reducir al mínimo la probabilidad de que se produzca un desastre. Con ese fin,

(Continuación de la nota 355.)

a la prevención de desastres, la reducción de riesgos, la mitigación y la preparación para los desastres); Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 1 (en que se regulan todas las actividades en el ámbito de la reducción de riesgos y atención de desastres y emergencias, y se establece un marco institucional que reduzca los riesgos que presentan los desastres y emergencias); Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, art. 1 (la gestión de desastres, que se logra mediante un proceso de políticas, estrategias, planes y regulaciones, es necesaria para la reducción y la gestión del riesgo y el mantenimiento de la seguridad, el bienestar y la calidad de vida de las personas); y Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, art. 1 (en que se establecen disposiciones orientadas a la prevención de grandes riesgos y la gestión de desastres).

<sup>356</sup> Véase, por ejemplo, Estados Unidos, 6 U.S.C., párr. 313, b), 2) (la misión es reducir al mínimo la pérdida de vidas y bienes y proteger a la nación de todos los peligros). Véase también Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 1 («Esta ley tiene por objeto proteger el territorio nacional, la vida y la integridad física de los ciudadanos y sus bienes, y para ello establecerá un mecanismo [...] y] la formulación de planes para la prevención de desastres [...] asegurando una gestión eficaz y organizada de la prevención integral y sistemática de los desastres»); Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párr. 2 (en que se señala que la política del Estado es defender el derecho a la vida y fortalecer la capacidad institucional del país para la reducción de riesgos de desastres); y Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, preámbulo (en que se cita la necesidad de proteger la vida humana y los bienes de las personas y el medio ambiente de Sri Lanka de los desastres).

<sup>357</sup> Véase, por ejemplo, Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, preámbulo (en que se hace referencia a varios factores que motivan la aprobación de la ley, entre ellos el Decenio Internacional para la Reducción de Desastres Naturales de las Naciones Unidas, los fenómenos climáticos El Niño y La Niña y la historia del país de terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, huracanes e incendios forestales). Véase también Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, preámbulo (en que se citan la pérdida de vidas y bienes causada por inundaciones y tormentas).

<sup>358</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, art. 11.

<sup>359</sup> Estados Unidos, 6 U.S.C. 3211.

la legislación que se examina muestra tres enfoques principales para alcanzar este objetivo: la evaluación de los riesgos, el intercambio de información y el control del uso de la tierra.

### a) Evaluación de los riesgos

124. De conformidad con el Marco de Acción de Hyogo:

El punto de partida para reducir los riesgos de desastre y promover una cultura de resiliencia consiste en conocer las amenazas y los factores físicos, sociales, económicos y ambientales de vulnerabilidad a los desastres a que se enfrentan la mayoría de las sociedades, así como la evolución de las amenazas y los factores de vulnerabilidad a corto y largo plazo, para luego adoptar las medidas oportunas en función de ese conocimiento<sup>360</sup>.

125. La segunda prioridad de acción del Marco es «[i]dentificar, evaluar y vigilar los riesgos de desastres y potenciar la alerta temprana» (párr. 14, apdo. 2). Las principales actividades mencionadas en el marco son las siguientes:

a) Elaborar, actualizar periódicamente y difundir ampliamente mapas de riesgos e información conexas entre las autoridades responsables, la ciudadanía en general y las comunidades expuestas en el formato adecuado;

b) Preparar sistemas de indicadores del riesgo de desastre y de la vulnerabilidad a nivel nacional y subnacional que les permitan a las autoridades responsables analizar el impacto de los desastres en las condiciones sociales, económicas y ambientales, y divulgar los resultados entre las autoridades responsables, la ciudadanía y las poblaciones expuestas;

c) Registrar, analizar, compilar y divulgar periódicamente estadísticas sobre los desastres que ocurren, sus efectos y las pérdidas que ocasionan, mediante mecanismos internacionales, regionales, nacionales y locales<sup>361</sup>.

126. La Estrategia de Yokohama establece como primer principio que «[l]a evaluación del riesgo es un paso indispensable para la adopción de una política y de medidas apropiadas y positivas para la reducción de desastres»<sup>362</sup>, aunque la Asamblea General ha destacado la importancia de evaluar el riesgo tanto a nivel nacional como local a fin de reducir la vulnerabilidad a los peligros y abordar los efectos adversos de los desastres<sup>363</sup>.

127. La evaluación de los riesgos en el plano nacional es variada, en razón de que existen limitaciones financieras y científicas, las necesidades regionales y locales son distintas y cada Estado adopta un enfoque individual. En 2011, 12 de las 15 personas que respondieron a una encuesta de los Estados miembros del Grupo de los 20 dijeron haber llevado a cabo evaluaciones nacionales de riesgo, en tanto que las otras tres informaron que estaban elaborando evaluaciones de riesgo y que comenzarían a aplicarlas en 2013<sup>364</sup>. Un examen de las evaluaciones de

<sup>360</sup> A/CONF.206/6, párr. 17.

<sup>361</sup> *Ibíd.*

<sup>362</sup> A/CONF.172/9, cap. I, resolución 1, anexo I.

<sup>363</sup> Resoluciones de la Asamblea General 59/233, de 22 de diciembre de 2004, párr. 3; 61/200, de 20 de diciembre de 2006, párr. 7, y 63/217, de 19 de diciembre de 2008, párr. 10.

<sup>364</sup> Véase el marco metodológico del Grupo de los 20 y la OCDE sobre la evaluación de los riesgos de desastre y la financiación de los riesgos, que puede consultarse en [www.oecd.org/gov/risk/G20disaster-riskmanagement.pdf](http://www.oecd.org/gov/risk/G20disaster-riskmanagement.pdf).

los riesgos nacionales y locales, basada en los datos sobre peligros y la información sobre la vulnerabilidad muestra que esta es la actividad que realiza en general con mayor frecuencia en cualquier estrategia de prevención relacionada con el Marco de Acción de Hyogo<sup>365</sup>.

128. Existen datos que muestran que los Estados procuran obtener asistencia al evaluar su riesgo a nivel nacional. Al menos 40 países han solicitado asistencia del Programa Mundial de Identificación de Riesgos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo a fin de aumentar sus conocimientos sobre los riesgos de desastres mediante sistemas de evaluación nacionales de riesgos y sistemas nacionales de información sobre riesgos<sup>366</sup>. Doce países de América Latina y el Sudeste Asiático han solicitado asistencia de la Iniciativa de Evaluación Probabilística de Riesgos de América Central a fin de obtener asistencia técnica en evaluación de riesgos<sup>367</sup>.

129. De los 14 Estados seleccionados para el estudio, varios se centran en la determinación de riesgos de desastre y en la evaluación y seguimiento de esos riesgos. La India, por ejemplo, exige la elaboración de planes a nivel estatal y de distrito, a fin de determinar qué problemas específicos se plantean y elaborar medidas para mitigar el daño que causan<sup>368</sup>. Para avanzar en pos de esos objetivos, la legislación sugiere que se cumplan las directrices para la prevención y se inspeccione la construcción de edificios para corroborar que se haya construido con arreglo a normas adecuadas para la prevención de desastres<sup>369</sup>. El seguimiento de los riesgos puede adoptar diferentes formas, aunque en general consiste en una evaluación de estos y en la elaboración de previsiones meteorológicas. Por ejemplo, la legislación japonesa incluye una disposición que establece que los gobiernos locales deben participar en la elaboración de previsiones meteorológicas para ayudar a prevenir los desastres causados por las tormentas<sup>370</sup>. En Filipinas, la legislación contempla la evaluación de los riesgos y la adquisición de conocimientos<sup>371</sup>. En Viet Nam, la ley prevé la realización de un pronóstico y de un seguimiento del estado del tiempo, así como la asociación de los sectores público y privado para alcanzar esos objetivos<sup>372</sup>. Asimismo, Filipinas exige que se identifiquen, evalúen y prioricen los peligros y riesgos<sup>373</sup> para consolidar la

información relativa a los riesgos de desastres, entre ellos, los peligros naturales, los factores de vulnerabilidad y los riesgos relacionados con el cambio climático, a fin de contar con un mapa de riesgos locales<sup>374</sup>.

130. Algunos Estados hacen un seguimiento del estado del tiempo de forma habitual para identificar los posibles riesgos. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Servicio Meteorológico Nacional comenzó inicialmente como una forma de ayudar a los agricultores; sin embargo, su utilidad en la prevención de desastres ha aumentado<sup>375</sup>. Son varias las entidades que tienen a su cargo la predicción del tiempo en los Estados Unidos: el Servicio Meteorológico Nacional, la Administración Federal de Aviación (que realiza previsiones meteorológicas para aerolíneas y vuelos), el Organismo Nacional del Océano y la Atmósfera (que utiliza sus sistemas para aplicar el sistema de alerta de emergencia del país) y varias autoridades de nivel estatal, como el Departamento de Transporte de Utah (que pronostica riesgos de avalanchas)<sup>376</sup>. Además, los Estados están cooperando en la elaboración de sistemas internacionales de alertas meteorológicas en la OMM<sup>377</sup>.

#### b) Reunión y difusión de información sobre riesgos

131. La reunión y difusión de información sobre riesgos puede contribuir a la prevención en cuanto reduce los factores de vulnerabilidad y genera resistencia a los peligros. El Marco de Acción de Hyogo explica este propósito:

Los desastres pueden reducirse considerablemente si la población está bien informada y motivada para asumir una cultura de prevención y de resiliencia ante los desastres, lo que a su vez impone la necesidad de reunir, compilar y divulgar los conocimientos e información pertinentes sobre las amenazas, los factores de vulnerabilidad y la capacidad<sup>378</sup>.

Como se explica además en un informe sobre la aplicación del Marco:

Los procesos de reunión y difusión de datos permiten que los encargados de adoptar decisiones y la sociedad comprendan la exposición que tiene un país a los diversos peligros y sus factores de vulnerabilidad social, económica, ambiental y física. Esa información, difundida en forma apropiada y oportuna permite a las comunidades adoptar medidas eficaces para reducir los riesgos<sup>379</sup>.

132. Con arreglo a la tercera prioridad de acción del Marco para la Acción de Hyogo, los Estados deben realizar distintas actividades con esa finalidad, como la gestión y el intercambio de información, mediante, entre otras cosas, la difusión de «información clara sobre los riesgos de desastre y las distintas formas de protección»<sup>380</sup>. La Estrategia de Yokohama hizo un llamamiento a reunir y difundir información «para despertar conciencia de los desastres naturales y las posibilidades de reducir sus efectos»<sup>381</sup>.

<sup>365</sup> Véase la recopilación de informes nacionales sobre los progresos en la aplicación del Marco de Acción de Hyogo (2009-2011), prioridad 1 del Marco de Acción de Hyogo, indicador básico 1.1, que puede consultarse en [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf).

<sup>366</sup> Entre los logros citados más arriba figuran la conclusión de una evaluación nacional de riesgos y un perfil nacional de peligros en la República Popular Democrática Lao, la conclusión de evaluaciones de riesgos urbanos en México, Mozambique y Nepal, el establecimiento de un observatorio nacional de desastres en Armenia y el lanzamiento de una evaluación integral de riesgos en Mozambique.

<sup>367</sup> Bangladesh, Bután, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, India, Nepal, Pakistán, Panamá, Perú y Sri Lanka.

<sup>368</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, art. 21.

<sup>369</sup> *Ibíd.*, art. 30.

<sup>370</sup> Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 35.

<sup>371</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párrs. 3, 4 y 12.

<sup>372</sup> Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, arts. 10 y 11.

<sup>373</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párr. 9.

<sup>374</sup> *Ibíd.*, párr. 12.

<sup>375</sup> Baum, *When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law*, pág. 3.

<sup>376</sup> *Ibíd.*, págs. 9 y 14.

<sup>377</sup> *Ibíd.*, pág. 15.

<sup>378</sup> A/CONF.206/6, párr. 18.

<sup>379</sup> UNISDR, "Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges", pág. 36, disponible en [www.unisdr.org/files/19690\\_hfa11web.pdf](http://www.unisdr.org/files/19690_hfa11web.pdf).

<sup>380</sup> A/CONF.206/6, párr. 18, i), a.

<sup>381</sup> A/CONF.172/9, cap. I, resolución 1, anexo I, párr. 12, apdo. a, inc. i).

133. La reunión y difusión de datos es parte de las políticas que se adoptan a nivel nacional. Por ejemplo, China ha informado que cuenta con una estrategia sólida para acceder a información sobre riesgos, que incluye una estrategia de concienciación pública en todo el país<sup>382</sup>. Otros países han creado bases de datos sobre las pérdidas ocasionadas por los desastres, para que los encargados de la adopción de decisiones tengan un mejor conocimiento de los riesgos y los factores de vulnerabilidad locales<sup>383</sup>.

134. De los 14 Estados seleccionados, la legislación del Reino Unido requiere el mantenimiento de un registro de estructuras vulnerables y sugiere la difusión de información y mapas sobre los riesgos de inundaciones y la erosión<sup>384</sup>. En Argelia, la ley establece que los ciudadanos tienen derecho a obtener información sobre los factores de vulnerabilidad o riesgos que afrontan en relación con los desastres, los servicios que tienen a su disposición para prevenir riesgos y la identidad de los agentes encargados de la gestión de los desastres<sup>385</sup>. Colombia ha establecido un sistema nacional de información para la gestión del riesgo de desastres, que se encarga específicamente de reunir y poner a disposición información relativa a las normas, protocolos, soluciones y procesos tecnológicos que pueden reducir los riesgos. Esta entidad actúa fundamentalmente como repositorio de los conocimientos de la nación en lo que respecta a las cuestiones relativas a la reducción del riesgo de desastres<sup>386</sup>.

135. En algunos casos, la producción de accidentes industriales ha llevado a los Estados a adoptar reglamentos más estrictos que tienen como efecto colateral reducir el riesgo de que se produzcan desastres antropogénicos gracias a la identificación de los riesgos y el intercambio de información. En 1984, un escape de gas químico en Bhopal (India) causó la muerte e hirió a miles de personas que vivían en las inmediaciones de una planta química<sup>387</sup>. Tras el incidente, la India aprobó leyes que regulan ciertas conductas en la actividad industrial. La Ley (de Protección) del Medio Ambiente de 1986 prohíbe que en las industrias, operaciones o procesos se generen emisiones que contaminen el medio ambiente, que superen los límites establecidos en la legislación<sup>388</sup>. El Reglamento sobre la Manufactura, el Almacenamiento y la Importación de Sustancias Químicas Peligrosas de 1989 establece que las autoridades encargadas del control de la contaminación deben inspeccionar periódicamente los establecimientos industriales<sup>389</sup> y exige que estos presenten informes de auditoría y planes de emergencia para la gestión de desastres<sup>390</sup>.

136. El desastre de Bhopal también contribuyó a que se exigiera la presentación de declaraciones de efectos

ambientales, que son declaraciones obligatorias que contienen información sobre los posibles efectos adversos en el medio ambiente, e hizo que se propusieran planes de gestión de desastres para afrontar esos efectos adversos, que es otra forma de intercambiar información e identificar riesgos<sup>391</sup>. Las normas industriales pueden incluir también disposiciones sobre el derecho a la información, como lo hace la Ley de Planificación de Emergencias y el Derecho a la Información para la Comunidad, aprobada por los Estados Unidos en 1986, por la que se creó una base de datos sobre la liberación de productos tóxicos<sup>392</sup>. Esta ley exige que se informe públicamente la liberación de sustancias químicas tóxicas<sup>393</sup>. Otros grupos utilizan después esta información para entender mejor los riesgos, su distribución y formas de mitigación<sup>394</sup>.

#### c) *Controles del uso de la tierra*

137. Los controles del uso de la tierra son métodos mediante los cuales los Estados buscan impedir ya sea la realización de ciertas actividades en determinadas zonas vulnerables o vedar totalmente el acceso a una zona en particular. La medida de ese control probablemente dependa de la probabilidad y la gravedad del riesgo que presenta cada zona concreta. Argelia, por ejemplo, establece que sus principales objetivos son aumentar la sensibilización sobre los riesgos y hacer un seguimiento de estos, teniendo en cuenta los riesgos en la construcción, y poniendo en marcha planes para gestionar todo tipo de desastre<sup>395</sup>. Antes de establecer una serie de medidas concretas que el Estado puede aprobar dentro de sus planes de gestión de desastres, la ley de Argelia cita cinco principios en que se basan las políticas del Estado: el principio de precaución, el principio de la coexistencia, el principio de la acción preventiva y corrección rápida, el principio de participación y el principio de integración de las técnicas nuevas e innovadoras<sup>396</sup>. Además establece la prohibición de construir y residir en zonas en que puedan producirse terremotos o inundaciones<sup>397</sup>. Por su parte, Costa Rica puede establecer restricciones al uso de la tierra para impedir que se produzcan desastres<sup>398</sup>. El Reino Unido también se arroga amplias facultades para restringir los usos que puede darse a la tierra o disponer cuáles pueden ser estos<sup>399</sup>.

138. La India aprobó la Notificación de Zonas de Regulación Costera en 1991, mediante la cual se controlan la realización de actividades de desarrollo comprendidas dentro de los 500 m de la línea de marea alta como forma de mitigar los daños que podían causar los tsunamis<sup>400</sup>. El control de la utilización de la tierra también ha resultado eficaz en Cuba, donde el Instituto de Planificación Física establece normas que exigen que algunos proyectos de

<sup>382</sup> A/66/301, anexo, párr. 8.

<sup>383</sup> *Ibíd.*, párr. 24.

<sup>384</sup> Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 21.

<sup>385</sup> Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, art. 11.

<sup>386</sup> Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, art. 45.

<sup>387</sup> Francis, «Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster».

<sup>388</sup> *Ibíd.*

<sup>389</sup> *Ibíd.*, págs. 246 y 247.

<sup>390</sup> *Ibíd.*

<sup>391</sup> *Ibíd.*, pág. 247.

<sup>392</sup> Fortun, «Environmental right-to-know and the transmutations of law».

<sup>393</sup> *Ibíd.*

<sup>394</sup> *Ibíd.*

<sup>395</sup> Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, art. 7.

<sup>396</sup> *Ibíd.*, art. 8.

<sup>397</sup> *Ibíd.*, art. 19.

<sup>398</sup> Costa Rica, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, art. 34.

<sup>399</sup> Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 3.

<sup>400</sup> Francis, «Legal aspects of disaster...», págs. 247 y 248.

construcción cumplan ciertos requisitos mínimos de seguridad<sup>401</sup>. Estas regulaciones pueden también prohibir totalmente que se construya en ciertos lugares<sup>402</sup>. El Gobierno de Cuba también promueve la urbanización, y vela por que las poblaciones rurales tengan acceso a servicios gubernamentales esenciales; al reducir el tamaño de la población urbana, pueden prevenirse los riesgos de desastre que se agravan por la sobrepoblación<sup>403</sup>. Al aplicar esos controles del uso de la tierra, los Estados intentan reducir los posibles peligros a los que está expuesta la población y limitar los daños que pueden producirse como consecuencia de un desastre en esa zona. En algunos casos, sin embargo, el control del uso de la tierra resulta menos eficaz. Por ejemplo, en los Estados Unidos, ciertas restricciones del Gobierno sobre el uso de la tierra pueden ser dejadas sin efecto<sup>404</sup>.

139. En los Estados Unidos también se han aplicado reglamentaciones ambientales, que constituyen otro tipo de restricción al uso de la tierra. La destrucción de los humedales en Luisiana debido al desarrollo industrial ha reducido considerablemente la capacidad natural de la región de resistir a los huracanes; sin embargo, el Gobierno puede adoptar medidas para controlar el desarrollo de las zonas de humedales gracias a la Ley sobre calidad del agua<sup>405</sup>. Mediante la protección y regeneración de los humedales, el Estado espera, entre otros objetivos, mitigar los daños causados por las tormentas valiéndose de la protección natural que proporcionan esos humedales<sup>406</sup>.

140. Aunque son varios los enfoques que pueden adoptarse para prevenir riesgos, numerosas leyes de reducción de riesgos de desastre incluyen al menos algunas sugerencias normativas concretas al respecto.

## 2. MITIGACIÓN DE LOS DAÑOS

141. La mitigación de los daños comprende las medidas que los Estados aplican para reducir el daño causado por un desastre. Este enfoque se presenta en diversas formas, por ejemplo, puede exigirse que los edificios en zonas de alto riesgo cumplan ciertas normas de seguridad o que se construyan diques o terraplenes.

### a) *Las normas de construcción*

142. La legislación de Argelia establece la obligación de cumplir ciertas normas de construcción en distintos casos de desastre<sup>407</sup>. En Viet Nam, la ley autoriza tanto la imposición de normas de edificación como la construcción de ciertas estructuras, por ejemplo, de diques<sup>408</sup>.

<sup>401</sup> Farber y Chen, *Disasters and the Law*, pág. 218.

<sup>402</sup> *Ibíd.*

<sup>403</sup> *Ibíd.*

<sup>404</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) (en que se sostiene que una ley de Carolina del Sur que prohibía a un propietario construir estructuras habitables de carácter permanente en islas cercanas a la costa de Carolina del Sur daba lugar a indemnización).

<sup>405</sup> Farber y Chen, *Disasters and the Law*, págs. 211 y 212.

<sup>406</sup> *Ibíd.*

<sup>407</sup> Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, art. 23.

<sup>408</sup> Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, arts. 34 y 35.

La ley del Reino Unido contiene una serie de ejemplos de medidas que el Estado podría adoptar para gestionar el riesgo de inundaciones o la erosión de las costas, como la eliminación o la alteración de edificios y el ejercicio de las facultades legislativas del Estado para permitir, exigir, restringir o prevenir ciertas actividades<sup>409</sup>. Además, el Estado tiene la obligación de mantener un registro de estructuras, e información sobre los propietarios y el estado de reparación de las estructuras, lo que podría tener un efecto considerable en una zona inundable<sup>410</sup>. Esta ley modifica la Ley de Edificación de 1984 e impone el requisito de que quienes trabajen en la construcción o equipamiento de un edificio adopten medidas para aumentar la resistencia o resiliencia de la estructura a las inundaciones<sup>411</sup>.

### b) *Seguros*

143. Los sistemas de seguros son otra forma en que los Estados tratan de mitigar los daños causados por los desastres. En 1991, la India aprobó la Ley de Seguro de Responsabilidad Pública, mediante la cual se impone a las industrias la obligación de contratar seguros para hacer frente a todas las obligaciones que podrían derivarse de sus actividades, como la producción de posibles daños ambientales<sup>412</sup>. Los Estados Unidos han adoptado un programa nacional de seguros para inundaciones, que está diseñado para reducir la probabilidad de que las personas vivan en zonas inundables, reduciendo así el riesgo de desastres<sup>413</sup>. El programa alienta a las personas a vivir lejos de zonas inundables, exige a los propietarios un seguro contra inundaciones y establece el aumento del costo de las primas de seguro cada vez que el propietario formula reclamaciones por esa razón<sup>414</sup>. California también ha establecido un régimen de seguros contra terremotos, que es específico para ese estado y que funciona de manera similar<sup>415</sup>.

144. Aunque son relativamente pocas las leyes de reducción del riesgo de desastres que especifican las medidas concretas que los Estados deben adoptar para mitigar los daños, todos los planes mencionan de algún modo el daño como finalidad de la legislación, dejando la decisión sobre los métodos concretos que podrían utilizarse en manos de las autoridades competentes encargadas de aprobar nuevas leyes o reglamentos.

## 3. PREPARACIÓN

145. La preparación para casos de desastre se refiere a las medidas que han adoptado los Estados con anterioridad a la producción de un desastre, como cuestión de rutina, que faciliten la prestación de la ayuda una vez que el desastre se haya producido. La Ley de Sudáfrica de Gestión de Desastres de 2002 contiene una definición

<sup>409</sup> Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 3.

<sup>410</sup> *Ibíd.*, art. 21.

<sup>411</sup> *Ibíd.*, art. 40.

<sup>412</sup> Francis, «Legal aspects of disaster...», pág. 248.

<sup>413</sup> Farber y Chen, *Disasters and the Law*, pág. 228.

<sup>414</sup> *Ibíd.*

<sup>415</sup> Moreteau, «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», págs. 69 y 80.



precisa: «por preparación para casos de emergencia se entiende todo estado de disposición que permite a los órganos del Estado y otras instituciones que intervienen en la gestión de desastres, el sector privado, las comunidades y las personas físicas movilizar, organizar y prestar medidas de socorro para hacer frente a un desastre inminente o actual o a sus efectos»<sup>416</sup>. Una de las formas más comunes en que los Estados han abordado la preparación para casos de desastre es estableciendo una jerarquía de organismos o agentes y definiendo sus funciones y responsabilidades.

#### a) *Marco institucional*

146. Las leyes de muchos Estados incluyen la descripción detallada de una nueva institución creada específicamente para promover políticas orientadas a reducir el riesgo de desastres, entre ellas, la preparación para casos de desastre<sup>417</sup>, o encomendar a los agentes políticos o no gubernamentales ya existentes nuevas responsabilidades<sup>418</sup>. A menudo esos nuevos agentes son variados e incluyen miembros de una gran diversidad de ministerios y, en algunos casos, agentes no gubernamentales como empresas y organizaciones laborales. No resulta sorprendente que una parte considerable de la legislación de casi todos los Estados esté orientada a establecer nuevas instituciones de gobierno específicamente destinadas a hacer frente a los desastres, dotarlas de personal y definir sus funciones. De los Estados incluidos en el estudio, solo Argelia no especifica qué oficina del Gobierno tiene a su cargo la elaboración y aplicación de políticas de reducción de riesgos o gestión de desastres<sup>419</sup>. La mayoría de los Estados no solo establecen una institución nacional y plan nacional de gestión de desastres, sino que también crean estructuras paralelas descentralizadas en otros niveles de gobierno<sup>420</sup>. La Ley de Gestión de Desastres de la India, por ejemplo, establece un organismo nacional de gestión de desastres<sup>421</sup>, encargado de preparar un plan nacional para la gestión de desastres<sup>422</sup>. También crea instituciones a nivel nacional<sup>423</sup> y de distrito<sup>424</sup> para la ejecución del plan nacional a nivel local.

<sup>416</sup> Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, art. 1.

<sup>417</sup> Véase, por ejemplo, la Dirección Nacional para la Gestión de Desastres de la India, creada en el artículo 3 de la Ley de Gestión de Desastres, y el Consejo Nacional para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres y/o Emergencias del Estado Plurinacional de Bolivia, establecido en el artículo 8 de la Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres.

<sup>418</sup> Véase, por ejemplo, Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, art. 6.

<sup>419</sup> Véase Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, arts. 50 y 52 (en que se exigen planos nacionales, regionales y municipales para la gestión de desastres, aunque no especifica su estructura, composición ni componentes fundamentales).

<sup>420</sup> Véase, por ejemplo, Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, arts. 11 y 12; Viet Nam, Decreto n.º 32-CP (20 de mayo de 1996), arts. 3 y 7; Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párrs. 10 y 11; Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, párrs. 22 a 25 y 43 a 50; Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, arts. 3 a 5; y Estados Unidos, 6 U.S.C., 317.

<sup>421</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, art. 3.

<sup>422</sup> *Ibíd.*, art. 10.

<sup>423</sup> *Ibíd.*, art. 14.

<sup>424</sup> *Ibíd.*, art. 25.

147. Esas instituciones, en particular las nacionales, suelen comprender una amplia variedad de ministerios del gobierno y, por lo tanto, incorporar una extensa gama de conocimientos especializados en la materia<sup>425</sup>. En Filipinas, el Consejo Nacional de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres, presidido por el Secretario del Departamento de Defensa Nacional, comprende también las secretarías del Departamento del Interior y de Gobierno Local, el Departamento de Bienestar Social y Desarrollo, el Departamento de Ciencia y Tecnología, el Organismo Nacional de Economía y Desarrollo, el Departamento de Salud, el Departamento de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Departamento de Agricultura y 36 otros miembros, entre ellos otros órganos de gobierno, representantes locales y regionales y representantes de la sociedad civil y del sector privado<sup>426</sup>.

148. Varios Estados decidieron que el Jefe de gobierno debía ser el principal agente de las instituciones de gestión de desastres, como reconocimiento a la importancia de esta gestión<sup>427</sup>. Sri Lanka amplía este principio y no solo incluye al Presidente, sino también al Primer Ministro y al Líder de la Oposición, en la dirección del Consejo Nacional para la Gestión de Desastres<sup>428</sup>.

149. Por último, la legislación relativa a la gestión de los desastres incluye en general las obligaciones que deben cumplir las instituciones y los planes sobre la gestión de desastres<sup>429</sup>. Colombia, por ejemplo, requiere que como parte de su plan nacional se elabore un sistema para determinar los riesgos y establecer un orden de prioridades entre ellos, hacer un seguimiento de esos riesgos, observarlos, comunicarlos a las poblaciones afectadas y adoptar medidas preventivas para impedir o reducir los daños causados por los desastres<sup>430</sup>.

#### b) *Financiación*

150. Las leyes prevén financiación para permitir a los gobiernos cumplir las obligaciones que han creado. En las leyes relativas a la gestión de los desastres, los Estados,

<sup>425</sup> Véase, por ejemplo, Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 8; Viet Nam, Decreto n.º 32, art. 11; Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, párr. 5; y Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, art. 10.

<sup>426</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres de Filipinas (2010), párr. 5.

<sup>427</sup> Véase, por ejemplo, Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 11; Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, art. 10; Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, art. 9; y Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 8.

<sup>428</sup> Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, art. 3.

<sup>429</sup> Véase, por ejemplo, Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 5; Estados Unidos, 6 U.S.C., 318; India, Ley de Gestión de Desastres, art. 10; Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, arts. 3 a 5; Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres de Filipinas (2010), párr. 6; Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, art. 4; Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, párr. 4; Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, art. 7 y Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 7.

<sup>430</sup> Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, art. 6.

incluyen en su mayoría algunas disposiciones sobre financiación. La mayoría de los Estados, sin embargo, no establecen en ellas consignaciones presupuestarias concretas. La ley argelina no contiene disposiciones relativas a la financiación. Varias leyes establecen un fondo para la gestión de desastres, y en particular para la reducción de los riesgos<sup>431</sup>. En algunos Estados, esos fondos han sido establecidos, pero no se ha ordenado su utilización<sup>432</sup>. Por último, los Estados Unidos<sup>433</sup>, Filipinas<sup>434</sup> y Sri Lanka<sup>435</sup> tienen leyes por las que se prueban determinados niveles de financiación para la gestión de desastres. Estas disposiciones permiten a los Estados aplicar las políticas previstas para reducir el riesgo de desastres sin tener que pasar por una segunda serie de procedimientos de presupuestación.

### c) Preparación y educación de la comunidad

151. La preparación para casos de desastre significa que debe haber preparación a nivel comunitario. La mayoría de los Estados logra este objetivo con campañas de educación y sensibilización establecidas en sus leyes de reducción del riesgo de desastres. El Japón, por ejemplo, establece concretamente que la Sociedad de la Cruz Roja del Japón es una organización que cumple una función especial en lo que respecta a la preparación de la comunidad<sup>436</sup>. Filipinas, en cambio, ha decidido que la gestión de riesgos de desastre se incorpore en la educación secundaria y terciaria y ordena que se imparta capacitación e información sobre la gestión de riesgos de desastre a todos los empleados públicos<sup>437</sup>.

152. La ley de la India recomienda además que se determine cuáles son los edificios que pueden servir como centros de socorro en caso de desastre, que se almacenen alimentos, se suministre información a las autoridades del Estado, se aliente la participación de las organizaciones

<sup>431</sup> Estado Plurinacional de Bolivia, Ley para la Reducción de Riesgos y Atención de Desastres, art. 21 (por la que se establece el Fondo para la Reducción de Riesgos y de Reactivación Económica); Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, arts. 12 y 13 (por la que se establece el Fondo Nacional para Desastres, que recibirá fondos del presupuesto nacional, así como donaciones nacionales o extranjeras); y Colombia, Ley por la que se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, arts. 46 a 54 (que cambia el nombre del Fondo Nacional de Calamidades por el de Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y establece los procedimientos relativos a la gestión de dicho Fondo).

<sup>432</sup> Viet Nam, Ley de Prevención y Control de Inundaciones y Tormentas y Disposiciones para su Aplicación, art. 27; India, Ley de Gestión de Desastres, arts. 46 a 49; Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, arts. 94 y 101; Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres n.º 57 de 2002, párrs. 56 y 57; Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 16.

<sup>433</sup> Estados Unidos, 6 U.S.C., 321j (por la que se autoriza la consignación de más de 5.500 millones de dólares para el período 2004-2013).

<sup>434</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres (2010), párr. 21 (el fondo local para la gestión y reducción de riesgos está financiado en al menos un 5% de los ingresos estimados de fuentes ordinarias (es decir, ingresos fiscales), a los efectos de apoyar actividades para la gestión de riesgos de desastre, y un 30% de este Fondo se constituye como fondo de respuesta rápida). Véase también el párr. 23 (en el que se asigna 1.000 millones de pesos a la Oficina de Defensa Civil para llevar a cabo actividades de reducción de riesgos).

<sup>435</sup> Sri Lanka, Ley de Gestión de Desastres, art. 16 (por la que se otorga al Consejo Nacional para la Gestión de Desastres un capital inicial de 10 millones de rupias).

<sup>436</sup> Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 2.

<sup>437</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres de Filipinas (2010), párr. 4.

no gubernamentales y la participación de la sociedad civil y se asegure que los sistemas de comunicación estén en regla (por ejemplo, mediante la realización de simulacros periódicos), entre otras tareas<sup>438</sup>. El Japón prevé que en los planes locales para casos de desastre se establezcan medidas para hacer frente a emergencias, almacenar y distribuir existencias y establecer los lineamientos de las operaciones que se llevarán a cabo para prevenir desastres<sup>439</sup>. Por su parte, Viet Nam se centra en la educación, y elabora programas de información para promover la difusión de conocimientos comunes sobre tormentas e inundaciones<sup>440</sup>. El Reino Unido sugiere hacer arreglos para apoyar financieramente a las personas y ofrecerles educación y orientación sobre la gestión del riesgo<sup>441</sup>. Sin embargo, estos Estados establecen por lo general solo un par de recomendaciones o requisitos concretos relacionados con la estructura o el contenido de esos programas de información.

### d) Alerta temprana

153. Ya en 1971, la Asamblea General reconoció la alerta temprana como un aspecto importante de la prevención de desastres<sup>442</sup>, y la incluyó en casi todas las resoluciones ulteriores de la Asamblea sobre el tema<sup>443</sup>. Asimismo, el Consejo Económico y Social destacó que la alerta temprana debía ser un «elemento esencial» de las iniciativas de prevención regionales, nacionales y locales<sup>444</sup>.

154. Como se señala en la Estrategia de Yokohama, «[l]a alerta temprana de desastres inminentes y la difusión efectiva de la información correspondiente [...] son factores clave para prevenir con éxito los desastres»<sup>445</sup>. La alerta temprana se ha considerado una modalidad esencial de la prevención en los planos nacional, regional e internacional<sup>446</sup>.

155. El Marco de Acción de Hyogo es más explícito en lo que se refiere a la alerta temprana y la menciona en su segunda prioridad de acción, además de sugerir las siguientes actividades fundamentales en que pueden basarse los Estados:

d) Crear sistemas de alerta temprana centrados en la población, en particular sistemas que permitan alertar a tiempo y en forma clara a las personas expuestas, teniendo en cuenta las características demográficas, el género, la cultura y el modo de vida de los destinatarios, que den orientación sobre la forma de actuar en caso de alerta y que contribuyan a la eficacia de las intervenciones de los encargados de la gestión de las situaciones de desastre y otras autoridades.

<sup>438</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, art. 30.

<sup>439</sup> Japón, Ley Básica de Medidas de Lucha contra Desastres, art. 42.

<sup>440</sup> Viet Nam, Decreto n.º 32, art. 11.

<sup>441</sup> Reino Unido, Ley de Gestión de Inundaciones y Aguas, art. 3.

<sup>442</sup> En el párrafo 8 de su resolución 2816 (XXVI), de 14 de diciembre de 1971, la Asamblea General invitó a los posibles gobiernos beneficiarios a que mejoraran los sistemas nacionales de prevención de desastres.

<sup>443</sup> Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 46/182, de 19 de diciembre de 1991; 59/233, de 22 de diciembre de 2004, párr. 7; 60/196, de 22 de diciembre de 2005, párr. 8; 61/200, de 20 de diciembre de 2006, párr. 9; y 63/217, de 19 de diciembre de 2008, párr. 12.

<sup>444</sup> Resolución 1999/63 del Consejo Económico y Social.

<sup>445</sup> A/CONF.172/9, cap. I, resolución 1, anexo I.

<sup>446</sup> Véase, por ejemplo, la resolución 36/225 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1981.

e) Establecer, examinar periódicamente y mantener sistemas de información que formen parte de los sistemas de alerta temprana para lograr que se tomen medidas rápidas y coordinadas en casos de alerta/emergencia.

[...]

g) Aplicar las conclusiones de la Segunda Conferencia Internacional sobre Sistemas de Alerta Temprana, celebrada en Bonn (Alemania) en 2003, entre otras cosas reforzando la coordinación y la cooperación entre todos los sectores y agentes pertinentes de la cadena de alerta temprana para lograr que los sistemas de alerta temprana funcionen con la máxima eficacia.

h) Aplicar la Estrategia de Mauricio para la ejecución ulterior del Programa de Acción de Barbados para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo, entre otras cosas estableciendo y reforzando unos sistemas eficaces de alerta temprana así como otras medidas de mitigación y respuesta<sup>447</sup>.

156. El examen de los sistemas nacionales de alerta temprana existentes en los que se prevén actividades de divulgación dirigidas a las comunidades comprende los siguientes Estados o zonas: Alemania, Anguila, Antigua y Barbuda, Armenia, Australia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botswana, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, la ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Finlandia, Georgia, Ghana, Guatemala, Honduras, India, Indonesia, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Islas Salomón, Islas Turcos y Caicos, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Lesotho, Madagascar, Malasia, Maldivas, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Mozambique, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, Senegal, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Vanuatu, Venezuela (República Bolivariana de) y Zambia<sup>448</sup>.

157. De los 14 Estados seleccionados, Argelia<sup>449</sup>, Filipinas<sup>450</sup> y la India<sup>451</sup> prevén específicamente la creación de sistemas de alerta temprana, aunque algunos otros se refieren a ellos al mencionar el intercambio de información o la rápida comunicación de las amenazas. En Sudáfrica, el Estado debe reunir y difundir información sobre fenómenos que causan o agravan desastres, factores de riesgo, sistemas de alerta temprana y recursos de respuesta de emergencia<sup>452</sup>. Nicaragua establece detalladamente tres estados de alerta como parte de su sistema de alerta temprana<sup>453</sup>.

158. La alerta temprana no es, por supuesto, de dominio exclusivo de las leyes o políticas nacionales. Los acuerdos

multilaterales y bilaterales y las decisiones de los órganos judiciales se refieren a esas medidas. Habida cuenta de su importancia práctica, se considera útil dar algunos ejemplos de la manera en que se aborda la alerta temprana en esas otras tres fuentes.

159. De conformidad con el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia, los Estados no solo deben establecer sistemas de alerta temprana, sino también mantenerlos y revisarlos<sup>454</sup>. Parte de esa revisión puede consistir en determinar la idoneidad del sistema de alerta temprana sobre la base de una evaluación periódica de los riesgos<sup>455</sup>. Los sistemas de alerta temprana deben contar con un mecanismo para transmitir información de forma oportuna<sup>456</sup>. Debe hacerse un esfuerzo por notificar e informar a los habitantes del territorio de un Estado o que se encuentren bajo su control sobre cómo deben responder a un sistema de alerta temprana establecido<sup>457</sup>. La Asamblea General se ha referido a tales sistemas de alerta temprana como sistemas «centrados en las personas»<sup>458</sup>. Según el caso, los Estados también deben elaborar un mecanismo de alerta temprana para informar a otros Estados de los efectos transfronterizos que pueden tener los peligros<sup>459</sup>.

160. También se han establecido sistemas de alerta temprana en los acuerdos bilaterales. Por ejemplo, un acuerdo concluido entre los Estados Unidos y el Reino Unido en 1958 preveía formas de mejorar la alerta temprana para lograr «una mayor precisión y puntualidad en las previsiones de los huracanes y en advertir de la existencia de vientos destructivos, inundaciones y mareas»<sup>460</sup>. La práctica interna en lo que respecta a la alerta temprana ha tenido un amplio desarrollo y está adaptada principalmente a necesidades particulares y los factores de riesgo<sup>461</sup>.

161. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido la obligatoriedad de establecer sistemas de alerta temprana. En el caso *Boudaïeva*, el Tribunal señaló que «la omisión de las autoridades de asegurar el funcionamiento del sistema de alerta temprana no tenía justificación»<sup>462</sup>. Además, el Tribunal decidió que existía «un vínculo causal entre las graves deficiencias administrativas», como la falta de un sistema de alerta temprana y la muerte y las lesiones sufridas por los peticionarios<sup>463</sup>. Además, aunque no utilizó específicamente el término «alerta temprana», el Tribunal también decidió que, en virtud del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida), los Estados tenían «la obligación positiva de [...] informar a la sociedad correctamente acerca de cualquier emergencia que ponga su vida en peligro»<sup>464</sup>.

<sup>447</sup> A/CONF.206/6, párr. 17, ii).

<sup>448</sup> Véase la recopilación de informes nacionales sobre los avances realizados en la aplicación del Marco de Acción de Hyogo (2009-2011), Marco de Acción de Hyogo, acción prioritaria 2, indicador principal 2.3, que puede consultarse en [www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority2-3%282009-2011%29.pdf](http://www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority2-3%282009-2011%29.pdf).

<sup>449</sup> Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, art. 17.

<sup>450</sup> Filipinas, Ley de Gestión y Reducción de Riesgos de Desastres de Filipinas (2010), párr. 4.

<sup>451</sup> India, Ley de Gestión de Desastres, art. 30.

<sup>452</sup> Sudáfrica, Ley de Gestión de Desastres (2002), párr. 17.

<sup>453</sup> Nicaragua, Ley Creadora del Sistema Nacional para la Prevención, Mitigación y Atención de Desastres, arts. 26 a 31.

<sup>454</sup> Art. 7, párr. 1.

<sup>455</sup> *Ibíd.*

<sup>456</sup> *Ibíd.*

<sup>457</sup> *Ibíd.*

<sup>458</sup> Resoluciones de la Asamblea General 60/196, de 22 de diciembre de 2005, párr. 8; 61/200, de 20 de diciembre de 2006, párr. 9; y 63/217, de 19 de diciembre de 2008, párr. 12.

<sup>459</sup> Acuerdo de la ASEAN, art. 7 2).

<sup>460</sup> Véase la nota 215 *supra*.

<sup>461</sup> UNISDR, *Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples: Good Practices and Lessons Learned*.

<sup>462</sup> *Boudaïeva* (nota 122 *supra*), párr. 155.

<sup>463</sup> *Ibíd.*, párr. 158.

<sup>464</sup> *Ibíd.*, párr. 131.

**E. Propuestas de proyectos de artículos**

162. A la luz de lo que antecede, el Relator Especial propone los siguientes dos proyectos de artículos:

*«Proyecto de artículo 16. Deber de prevenir*

“1. Los Estados reducirán el riesgo de desastres mediante la adopción de medidas adecuadas para asegurar la definición de las responsabilidades y los mecanismos de rendición de cuentas y el establecimiento de arreglos institucionales, a fin de prevenir y mitigar esos desastres y prepararse para ellos.

“2. Las medidas adecuadas comprenderán, en particular, la realización de evaluaciones de riesgo de peligros múltiples, la reunión y la difusión de información sobre riesgos y pérdidas y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.”

*«Proyecto de artículo 5 ter. Cooperación para reducir el riesgo de desastres*

“La cooperación incluirá la adopción de medidas orientadas a reducir el riesgo de desastres.”



# INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/661

## Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial

[Original: español]  
[4 de abril de 2013]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	39
Obras citadas en el presente informe.....	40
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-12 40
<i>Capítulo</i>	
I. PLAN DE TRABAJO Y ESTRUCTURA DEL PRESENTE INFORME.....	13-18 42
II. ALCANCE DEL TEMA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS.....	19-34 43
III. LOS CONCEPTOS DE INMUNIDAD Y JURISDICCIÓN.....	35-46 46
A. Concepto de jurisdicción penal.....	36-42 46
B. Concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.....	43-46 47
IV. LA DISTINCIÓN ENTRE INMUNIDAD <i>RATIONE PERSONAE</i> E INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> .....	47-53 48
V. LA INMUNIDAD <i>RATIONE PERSONAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS.....	54-79 50
A. Alcance subjetivo de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	56-68 50
B. Alcance material de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	69-74 53
C. Alcance temporal de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	75-79 54
IV. PLAN DE TRABAJO FUTURO.....	80-81 55
Anexo.....	56

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

## Obras citadas en el presente informe

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire*, vol. 69, sesión de Vancouver (2001), París, Pedone, 2001, págs. 742 a 755.

«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009, págs. 228 a 230.

## Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58.º período de sesiones (2006), sobre la base de la propuesta que figura en el anexo I del informe de la Comisión sobre ese período de sesiones<sup>1</sup>. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin<sup>2</sup>. En el mismo período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara un estudio de antecedentes sobre el tema<sup>3</sup>.

2. El anterior Relator Especial presentó tres informes en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema, analizó un importante número de cuestiones sustantivas relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y examinó igualmente las cuestiones procesales relacionadas con esta categoría de inmunidad<sup>4</sup>. La Comisión consideró los informes del Relator Especial en sus 60.º y 63.º períodos de sesiones, celebrados respectivamente en 2008 y 2011. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema con ocasión de la consideración del informe de la Comisión de Derecho Internacional, en particular en 2008 y 2011.

3. En su 3132.ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en reemplazo del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión<sup>5</sup>. Tras su nombramiento, la Relatora Especial celebró una primera sesión de consultas informales con los miembros de la Comisión el 30 de mayo de 2012 sobre la base de una serie de preguntas que fueron presentadas por la Relatora Especial en un documento de trabajo informal cuyo contenido se reproduce en el informe preliminar<sup>6</sup>.

4. La Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que fue examinado por la

Comisión en la segunda parte de su 64.º período de sesiones celebrado en 2012<sup>7</sup>.

5. El informe preliminar respondía a la naturaleza de un «informe de transición», con el que la Relatora Especial pretendía «contribuir a clarificar los términos del debate que se ha venido manteniendo hasta la fecha e identificar los principales puntos de controversia que subsisten sobre los que la Comisión puede considerar oportuno seguir trabajando en el futuro»<sup>8</sup>. Para ello, en el citado informe preliminar se analiza el tratamiento que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ha tenido en el quinquenio 2007-2011, desde una triple perspectiva: *a)* la labor realizada por el anterior Relator Especial; *b)* el debate que ha tenido lugar en la Comisión de Derecho Internacional; y *c)* el debate mantenido en la Sexta Comisión.

6. Sobre la base de dichos elementos, el informe preliminar identificó un conjunto de cuestiones a examinar, sobre las que no se ha alcanzado consenso en el anterior quinquenio, y que afectaban a la práctica totalidad de los temas que habían sido incluidos en los tres informes del anterior Relator Especial. Partiendo de dicho análisis la Relatora Especial agrupó las citadas cuestiones en cuatro bloques de temas, cuyo tratamiento debería desarrollarse a lo largo del presente quinquenio, a saber:

1. Cuestiones generales de naturaleza metodológica y conceptual.
  - 1.1 La distinción entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae* y sus consecuencias
  - 1.2 La inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo
  - 1.3 Las relaciones entre inmunidad, de un lado, y responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo, de otro
2. La inmunidad *ratione personae*
  - 2.1 Personas beneficiarias de la inmunidad
  - 2.2 Ámbito material de la inmunidad: actos privados y actos oficiales
  - 2.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: en particular el lugar que ocupan o deben ocupar los crímenes internacionales
3. La inmunidad *ratione materiae*
  - 3.1 Personas beneficiarias de la inmunidad: la controversia terminológica residual y el concepto de funcionario
  - 3.2 Concepto de acto oficial y relación con la responsabilidad del Estado

<sup>1</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257 y anexo I.

<sup>2</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pág. 99, párr. 386. El estudio de la Secretaría figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596.

<sup>4</sup> El informe preliminar figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, pág. 163; el segundo informe en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, y el tercer informe en *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646.

<sup>5</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3132.ª sesión, e *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 73.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 5.

3.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: excepciones y crímenes internacionales

4. Los aspectos procesales de la inmunidad<sup>9</sup>.

7. El informe preliminar incluyó también ciertas consideraciones metodológicas que deben ser tomadas en consideración en los trabajos de la Comisión durante el presente quinquenio en relación con el tema objeto del presente informe. Dichas consideraciones metodológicas, que fueron sistematizadas por la Relatora Especial en la presentación de su informe preliminar ante la Comisión, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El trabajo futuro sobre el tema debe partir de los informes presentados previamente por el anterior Relator Especial, así como el estudio de la Secretaría. Pero, teniendo en cuenta que existe un abierto disenso en la materia entre los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y en el seno de la Sexta Comisión, es preciso igualmente tomar en consideración las diferentes opiniones vertidas en ambos foros para avanzar sobre los trabajos previos de la Secretaría y del antiguo Relator Especial;

b) La aproximación al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe realizarse empleando de forma conjunta un enfoque *de lex lata* y *de lege ferenda*, o, si se prefiere, de codificación y desarrollo progresivo. En todo caso, dada la dificultad y sensibilidad del tema, parece más adecuado partir de la *lex lata* para analizar posteriormente la necesidad y posibilidad de formular propuestas *de lege ferenda*;

c) El tratamiento del tema debe hacerse partiendo, en todo momento, de un enfoque sistémico, que permita asegurar que las eventuales propuestas normativas que se realicen desde la Comisión puedan encuadrarse sin disonancias en el sistema jurídico internacional entendido en su conjunto. Ello obliga a tomar en consideración todas las normas, principios y valores del derecho internacional que sean relevantes para el tema objeto de examen;

d) El tratamiento de las cuestiones relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe realizarse a través de un procedimiento estructurado y progresivo en el que se vayan abordando, paso a paso, los distintos temas incorporados en los cuatro bloques temáticos antes mencionados;

e) El tratamiento del tema por la Comisión debe incluir el debate sobre proyectos de artículos que sean presentados en los informes anuales elaborados por la Relatora Especial.

8. La Comisión mantuvo un interesante debate sobre el informe preliminar, en el que se abordaron los principales temas que habían sido incorporados a dicho informe, tanto por lo que se refiere a las cuestiones metodológicas como a las cuestiones sustantivas<sup>10</sup>. En líneas generales, el enfoque metodológico referido al tratamiento estructurado de los temas recibió un apoyo generalizado. Por

su parte, el enfoque «sistémico» sugerido por la Relatora Especial recibió un apoyo mayoritario, si bien algunos miembros de la Comisión señalaron ciertas reservas a la incorporación de los principios y valores del derecho internacional vigente como un instrumento de análisis. Por lo que se refiere a las cuestiones sustantivas, las diversas intervenciones de los miembros de la Comisión pusieron de manifiesto un amplio consenso sobre la identificación de las cuestiones que necesitan de un mayor tratamiento en el presente quinquenio. Sin embargo, se mantuvo la discrepancia de opiniones sobre los aspectos sustantivos de un buen número de cuestiones incluidas en el informe preliminar.

9. Sobre la base de dicho debate, la Comisión acordó solicitar a los Estados

que proporcionen información sobre su legislación y práctica nacionales en lo que concierne a los criterios siguientes:

a) ¿Produce la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* consecuencias jurídicas diferentes y, en tal caso, cómo son objeto de un tratamiento diferenciado?

b) ¿Qué criterios se utilizan para determinar las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*?<sup>11</sup>.

Por su parte, la Asamblea General ha llamado igualmente la atención de los Estados sobre la importancia de que proporcionen a la Comisión la información arriba reseñada<sup>12</sup>. La Relatora Especial desea agradecer su cooperación a los Estados que han respondido a dichas preguntas con ocasión de los debates celebrados en la Sexta Comisión en noviembre de 2012.

10. En el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado elaborado por la Relatora Especial, con ocasión del examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional<sup>13</sup>. De las interesantes intervenciones que tuvieron lugar en el citado debate se puede deducir un amplio apoyo a los planteamientos metodológicos contenidos en el informe preliminar, así como a la propuesta de trabajo contenida en el mismo, incluida la propuesta de estructurar el trabajo futuro en torno a la presentación de proyectos de artículos. Igualmente cabe destacar el importante número de delegaciones que manifestaron su opinión positiva respecto del empleo de un doble enfoque metodológico basado tanto en la codificación como en el desarrollo progresivo, incluido el principio de prudencia apuntado por la Relatora Especial en su informe preliminar que aconseja comenzar los trabajos por el análisis de la *lex lata* y abordar después las aproximaciones propias de la *lege ferenda*.

<sup>11</sup> Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

<sup>12</sup> Véase la resolución 67/92 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, párr. 4.

<sup>13</sup> La Sexta Comisión se ocupó del tema relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sus sesiones 20.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup>. Además, dos Estados realizaron referencias al tema en la 19.<sup>a</sup> sesión (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 19.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup> (A/C.6/67/SR.19 a SR.23)*). Véase, además, Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 26 a 38.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 72.

<sup>10</sup> En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139. Véase igualmente *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143.<sup>a</sup> a 3147.<sup>a</sup>.



11. Por lo que se refiere a las cuestiones sustantivas apuntadas en el informe preliminar, se produjo igualmente una amplia participación en torno a los temas centrales respecto de los cuales subsiste la controversia, debiéndose destacar el lugar privilegiado que ocupó el debate, directo o indirecto, sobre las excepciones a la inmunidad, así como el debate sobre la incidencia que sobre el tema pueden o deben tener los nuevos logros en el ámbito del derecho penal internacional y la consolidación de este nuevo sector dentro del sistema del derecho internacional contemporáneo considerado en su conjunto. No obstante, debe destacarse igualmente que sigue sin ser posible la

identificación de un consenso respecto de la mayoría de las cuestiones relacionadas con las dimensiones sustantivas del tema.

12. En todo caso, debe subrayarse la gran importancia que los Estados participantes en los trabajos de la Sexta Comisión siguen asignando al tema, que ha quedado una vez más de manifiesto en la resolución 67/92, adoptada sin votación por la Asamblea General el 14 de diciembre de 2012, en cuyo párrafo 8 invita a la Comisión a que siga dando prioridad al tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado».

## CAPÍTULO I

### Plan de trabajo y estructura del presente informe

13. El presente informe parte de los planteamientos metodológicos y de la propuesta de trabajo general que se incluyeron ya en el informe preliminar. En el mismo se han tomado en consideración, además, tanto los debates mantenidos en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2012 como la necesidad de ofrecer a la Comisión de Derecho Internacional un instrumento operativo que le permita comenzar los debates en el presente período de sesiones desde una dimensión práctica. Para lograr dicho objetivo, el presente informe ha tomado en consideración las aportaciones teóricas relevantes y los análisis de la práctica ya incorporados en su día en los informes elaborados por el antiguo Relator Especial, así como en el estudio realizado por la Secretaría<sup>14</sup>. Además, se han tomado en consideración, en la medida en que ello era necesario, nuevas aportaciones que se han producido en el último año, en particular en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en la jurisprudencia de algún tribunal nacional, debiéndose destacar en especial la sentencia de 25 de julio de 2012 del Tribunal Penal Federal de Suiza<sup>15</sup>.

14. Sobre la base de las anteriores consideraciones, y siguiendo el planteamiento metodológico de facilitar un debate estructurado y sistemático del tema, el presente informe abordará de forma separada las siguientes cuestiones:

a) El alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos (cap. II);

b) Los conceptos de inmunidad y jurisdicción (cap. III); la distinción entre «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*» (cap. IV);

c) La determinación de los elementos normativos básicos que integran el régimen de la inmunidad *ratione personae* (cap. V).

15. De esta manera se tratan los contenidos básicos incluidos en los puntos 1.1, 2.1 y 2.2 de los bloques temáticos enunciados en el informe preliminar<sup>16</sup>. A ellos se

han añadido tres cuestiones que deben ser abordadas con carácter previo al tratamiento de cualquier otra cuestión, a saber: la definición precisa del ámbito de aplicación del proyecto de artículos que se elaborará en el ejercicio en curso; el concepto de jurisdicción penal y el concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

16. Cada una de las cuestiones antes mencionadas van acompañadas de sendos proyectos de artículos cuya naturaleza es necesariamente diferente. Así, los proyectos de artículos referidos al ámbito de aplicación, a los conceptos de inmunidad y jurisdicción, así como a los conceptos de inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* responden a una naturaleza introductoria y descriptiva y, por tanto, deben inscribirse en una primera parte introductoria del proyecto de artículos dedicada a la delimitación del ámbito de aplicación y a las definiciones. Por el contrario, los proyectos de artículos referidos a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* responden a la finalidad de contribuir a la definición del régimen jurídico sustantivo aplicable a dicha categoría de inmunidad y, por tanto, deben incluirse en una parte separada del proyecto de artículos dedicada específicamente a dicha categoría.

17. Por último, ha de destacarse que no se ha considerado necesario incluir en este momento un tratamiento separado de los apartados 1.2 (la inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo) y 1.3 (la relación entre inmunidad, de un lado, y responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo, de otro), contenidos en el bloque primero de las cuestiones seleccionadas en el informe preliminar, ya que si bien es cierto que se trata de cuestiones que tienen una presencia horizontal en el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado entendido en su conjunto, su estudio pormenorizado está llamado a desplegar sus principales efectos en relación con otras cuestiones que serán analizadas en informes futuros.

18. Otro tanto cabe advertir en relación con la no inclusión en este segundo informe del tratamiento del apartado 2.3 (carácter absoluto o restringido de la inmunidad: en particular el lugar que ocupan o deben ocupar los crímenes internacionales) contenido en el bloque segundo de cuestiones seleccionadas en el informe preliminar.

<sup>14</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596.

<sup>15</sup> Se trata de la sentencia recaída en el asunto BB.2011.140, relativo al procesamiento de un antiguo ministro de defensa de Argelia, TPF 2012, pág. 97.

<sup>16</sup> Véanse el párrafo 6 y la nota 9 *supra*.

Aunque el citado apartado viene referido a la inmunidad *ratione materiae*, no es menos cierto que su tratamiento está estrechamente relacionado con los problemas

generales vinculados a las excepciones a la inmunidad, por lo que se considera más útil tratarlo en un estadio más avanzado de los trabajos.

## CAPÍTULO II

### Alcance del tema y ámbito de aplicación del proyecto de artículos

19. El alcance del tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» fue abordado por el antiguo Relator Especial en su informe preliminar<sup>17</sup>. En el mismo identificó una serie de elementos que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de definir dicho alcance, a saber: el carácter penal de la jurisdicción, la caracterización como «extranjera» de la jurisdicción y el carácter nacional (y no internacional) de la jurisdicción respecto de la que se aplicaría la inmunidad. A estos elementos añade un cuarto, no vinculado con la jurisdicción sino con la persona protegida por la inmunidad, a saber: ha de tratarse de un funcionario de un Estado distinto al que pretende ejercer la jurisdicción. Por último, en el citado informe se hace referencia igualmente a la situación especial en que se encuentran los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales y los agentes o funcionarios de una organización internacional, si bien esta situación no es analizada en tanto que criterio de definición del alcance del tema.

20. A partir de dichos elementos se ha producido un debate sobre el alcance del tema, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión, del que se puede deducir un amplio apoyo a dichos elementos, que, por otro lado, constituyen las circunstancias relevantes que se encuentran habitualmente en la práctica de los Estados cuando se aborda el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Teniendo esto en cuenta, la Relatora Especial considera que los citados criterios deben ser los elementos a retener en la definición del ámbito de aplicación de todo posible proyecto de artículos. Ello exige proceder a propuestas que definan con claridad dicho ámbito de aplicación.

21. Para ello parece aconsejable seguir una doble vía que tome en consideración tanto los elementos inclusivos como los exclusivos, que pueden resumirse de la siguiente forma:

a) El proyecto de artículos solo se refiere a la jurisdicción penal, quedando excluida la inmunidad frente a la jurisdicción civil o administrativa<sup>18</sup>;

b) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera; es decir, la

ejercida por un Estado distinto del de la nacionalidad del funcionario del que se predica la inmunidad. Ha de quedar excluida, por tanto, la inmunidad que pueda otorgarse en virtud del derecho nacional del Estado del funcionario;

c) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal interna de los Estados, quedando excluida la inmunidad frente a las jurisdicciones penales internacionales;

d) El proyecto de artículos no se refiere a aquellas personas que estén sometidas a un régimen de inmunidad más específico, tales como los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales o los agentes o funcionarios de una organización internacional;

e) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad de los funcionarios de un Estado.

22. Las razones para proceder a esta opción de delimitación han sido ya expuestas en buena medida en informes previos, pero conviene referirse brevemente a algunos de los elementos justificativos de mayor interés, bien para recordar o reforzar los argumentos ya apuntados en su día por el anterior Relator Especial o por otros miembros de la Comisión, bien para añadir algunos elementos nuevos que puedan resultar de interés.

23. Respecto de la limitación del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a las inmunidades que se susciten en el ámbito de la jurisdicción penal, la Relatora Especial desea llamar la atención sobre el hecho de que ello obedece a una decisión de la propia Comisión, que se justifica en buena medida porque es en este tipo de jurisdicción donde se vienen produciendo los más importantes problemas en la práctica. A ello ha de añadirse, por otro lado, la necesidad de tomar en consideración las peculiaridades de la jurisdicción penal, que integra elementos que muy difícilmente podrían plantearse en el ámbito de la jurisdicción civil o administrativa. Así, piénsese, por ejemplo, en la incidencia que el ejercicio de la jurisdicción penal puede tener sobre la libertad de movimientos de las personas afectadas por la misma; y ello no solo por la posible adopción de una sentencia condenatoria que imponga una pena privativa de libertad, sino incluso antes, con ocasión —por ejemplo— de una eventual detención del imputado o acusado, o por la imposición de una medida de prisión preventiva como mera medida cautelar. O piénsese igualmente en la adopción de ciertas medidas cautelares tales como la retención del pasaporte, la asignación de domicilio forzoso o la imposición de la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad judicial, que constituyen otros tantos ejemplos de medidas típicas del ejercicio de la jurisdicción penal. A lo que debe

<sup>17</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), en particular, págs. 192, 193 y 200, párrs. 103, 104 y 130.

<sup>18</sup> Y así, aunque recientemente algún miembro de la Comisión ha llamado la atención sobre el interés que tendría el reflexionar sobre la inmunidad de jurisdicción civil, y algún Estado ha advertido de que su práctica está especialmente orientada hacia la inmunidad de jurisdicción civil extranjera de los funcionarios del Estado, no parece posible concluir que tales comentarios y reflexiones, sin duda interesantes, puedan considerarse como una propuesta para ampliar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos más allá de la inmunidad frente a la jurisdicción penal.

añadirse, en último lugar, la notable incidencia que el desencadenamiento de un proceso penal está llamado a tener sobre la credibilidad, honorabilidad y dignidad de una persona. Por otro lado, no puede olvidarse tampoco que los principales textos convencionales que se ocupan de la inmunidad de órganos del Estado frente a la jurisdicción extranjera diferencian claramente entre la inmunidad de jurisdicción penal y la inmunidad de jurisdicción civil o administrativa, que someten a diferentes reglas<sup>19</sup>.

24. Teniendo esto en cuenta, la Relatora Especial sigue considerando como la opción más adecuada limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en curso a la inmunidad frente a la jurisdicción penal. Ello no significa, sin embargo, que deba ignorarse plenamente la existencia de la inmunidad frente a la jurisdicción civil o frente a la jurisdicción administrativa. Ambas categorías presentan con la jurisdicción penal el nexo común de que frente a las mismas se pueda alegar la inmunidad; y, además, no puede obviarse el hecho de que, en términos prácticos, existen ciertas conexiones entre las tres categorías de jurisdicción. Así, baste con destacar en este momento, las evidentes conexiones puestas de manifiesto por la jurisprudencia nacional e internacional entre la sanción penal y la sanción administrativa. O, desde una perspectiva más amplia, el hecho de que en ocasiones la reclamación civil de una indemnización constituye una forma indirecta de obtener satisfacción por graves infracciones del derecho, incluso constitutivas de delitos. A ello ha de añadirse, por último, que en el marco de la jurisdicción civil, en particular, se producen con una cierta frecuencia pronunciamientos sobre la inmunidad que pueden resultar trasladables *mutatis mutandis* a la inmunidad planteada en el marco de una jurisdicción penal.

25. En cualquier caso, los argumentos antes mencionados no son suficientes para cambiar el criterio antes apuntado en relación con la limitación del proyecto de artículos a la jurisdicción penal. Incluir en el mismo algunas previsiones específicas referidas a la jurisdicción civil y/o a la jurisdicción administrativa introduciría un elemento de distorsión que, sin duda, podría perjudicar el resultado final del trabajo de la Comisión. Ello no impide, sin embargo que la Comisión pueda tomar en consideración, en la medida en que ello sea posible y necesario, la práctica estatal en materia de inmunidad de jurisdicción civil o administrativa, si de la misma se pueden deducir elementos conceptuales o de otro tipo que puedan contribuir, con carácter complementario, a los trabajos de la Comisión en materia de inmunidad de jurisdicción penal.

26. En relación con el carácter «extranjero» de la jurisdicción penal como límite al ámbito de aplicación del proyecto de artículos, baste con llamar la atención en primer lugar, sobre el hecho de que las inmunidades concedidas en virtud del derecho estatal y en virtud del derecho internacional no necesariamente responden a la misma naturaleza, funciones y finalidades, ni atienden a la protección de los mismos valores y principios. Por consiguiente, solo la aparición del elemento «extranjero», que conduce en último extremo al principio de igualdad soberana de los Estados

y a la necesidad de preservar el mantenimiento de relaciones internacionales sostenibles y pacíficas, justifica el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal por parte de la Comisión. Además, no debe olvidarse que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de ciertos funcionarios o representantes del Estado, no puede traducirse automáticamente en un reconocimiento de la misma inmunidad ante su jurisdicción nacional, hasta el punto de que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el ejercicio de jurisdicción penal por los tribunales nacionales del Estado del funcionario puede actuar como uno de los supuestos que permitan asegurar que el instrumento procesal en que consiste la inmunidad no se traduce automáticamente en un instrumento que exime plenamente al individuo de responsabilidad penal en términos sustantivos. En consecuencia, el mantenimiento de este criterio de delimitación del ámbito de aplicación del proyecto de artículos está plenamente justificado y el recurso al análisis de la práctica nacional en materia de inmunidad solo puede resultar relevante a los fines del trabajo de la Comisión cuando dicha práctica se refiera a la inmunidad de un funcionario o representante extranjero.

27. En tercer lugar, por lo que se refiere a la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos de la inmunidad frente a los tribunales penales internacionales, el antiguo Relator Especial llamó la atención en su día sobre un primer criterio justificativo basado en la distinta naturaleza de la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional. A ello ha de añadirse, en opinión de la Relatora Especial, una razón obvia y no por ello menos importante: el tratamiento de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales ha sido ya objeto de regulación específica en los instrumentos internacionales que crean y regulan el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. Y, por consiguiente, no es necesario que la Comisión se ocupe de nuevo de una cuestión que está ya suficientemente definida y clarificada, con independencia de las diferencias interpretativas que surjan en la práctica en el proceso de aplicación de dichas normas de derecho internacional.

28. También sobre esta cuestión existe un consenso generalizado respecto de la exclusión en el tratamiento del tema de la inmunidad frente a los tribunales penales internacionales. Sin embargo, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la aceptación de este criterio ha sido objeto de interpretaciones diferentes en relación con las consecuencias que ello pueda o deba tener en los trabajos futuros de la Comisión. Así, cabe recordar que algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional y algunos Estados han mantenido, de forma directa o indirecta, en sus intervenciones ante la Sexta Comisión, que la exclusión del tema de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales debe traducirse en la exclusión plena de todo análisis del fenómeno de la jurisdicción penal internacional en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema que nos ocupa.

29. Se trata, sin embargo, de una posición no suficientemente coherente en términos metodológicos. Por el contrario, de la misma manera que se señaló *supra* en relación con la jurisdicción civil y administrativa, también ahora es necesario diferenciar entre la definición de un ámbito de aplicación del proyecto de artículos que excluya la propuesta de previsiones específicas referidas

<sup>19</sup> Véase, en particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 31 y 37; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 43, *a contrario*; y la Convención sobre Misiones Especiales, art. 31.

a la inmunidad frente a la jurisdicción penal internacional, de un lado, y la toma en consideración de elementos interpretativos procedentes o relacionados con la jurisdicción penal internacional, de otro. Aunque no es el momento de entrar en el debate de este tema, baste con destacar ahora que resultaría sorprendente que en el seno de la Comisión se admitiera la posibilidad de tomar en consideración la acción de otras jurisdicciones internacionales (como la Corte Internacional de Justicia o los tribunales regionales de derechos humanos) y no se considerase oportuno tomar en consideración la existencia misma de una jurisdicción internacional específicamente penal, que comparte con los tribunales nacionales el objetivo de enjuiciar ciertos crímenes de especial trascendencia internacional.

30. En cualquier caso, baste ahora con llamar la atención sobre la necesidad de establecer una nítida distinción entre el tratamiento directo de la jurisdicción penal internacional en el marco del presente tema (que debe ser excluido) y su toma en consideración, como elemento complementario, instrumental y, en su caso, interpretativo. Ello no debe ni puede traducirse en una incorporación mimética de los principios que sobre la inmunidad se contienen en los instrumentos que rigen los tribunales penales internacionales. Pero sí debe permitir, al menos, que se analicen las normas propias de las jurisdicciones penales internacionales, así como su jurisprudencia, por si pudieran tener alguna relevancia o aportar alguna clarificación al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Este enfoque no resulta contrario ni a los criterios hermenéuticos propios del derecho internacional ni a la práctica seguida por la Comisión en el tratamiento de otros temas.

31. En relación con el tercero de los criterios delimitadores antes enumerados, no parece necesario proceder a una justificación especial de la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los regímenes específicos que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción penal de una manera particular, por razón de la especialidad de las personas que se beneficiarían de la misma o en razón del marco sustantivo en que las mismas operan. Tanto las inmunidades en el ámbito diplomático y consular, como en el ámbito de las organizaciones internacionales han sido objeto de un desarrollo normativo (convencional y consuetudinario) no desdeñable. Y, por tanto, no parece necesario que la Comisión vuelva a ocuparse de las mismas, ni menos aún parece aconsejable que pudiese introducir modificaciones en unos regímenes ya muy consolidados y generalmente aceptados, lo que no impide, sin embargo, que la Comisión deba tomar en consideración dichos regímenes con carácter complementario en sus trabajos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, máxime cuando la Comisión ha tenido una notable presencia en la definición de los citados regímenes.

32. Por último, en relación con el límite subjetivo del ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe recordarse que el propio título del tema lo refiere al término «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés. Aunque en relación con el empleo de estos términos se puede identificar un consenso sobre la aceptación de que, en última instancia, se está haciendo referencia a personas que actúan en nombre y por cuenta

del Estado, no es menos cierto que la disparidad terminológica ha provocado un debate sobre la necesidad de proceder a la definición del término «funcionario» a los efectos del presente tema y, en especial, respecto del proyecto de artículos en curso. Dicha tarea es, sin duda, imprescindible, pero ha de advertirse de que, a juicio de la Relatora Especial, la misma cobra su significado especial en el ámbito de la inmunidad *ratione materiae* y es, por tanto, en esa sede donde será abordada. Por consiguiente en el presente informe se seguirá utilizando el término «funcionario» con carácter provisional. En ese sentido se incluye en los proyectos de artículos que se incorporan a este informe, con la advertencia de que los mismos podrán ser revisados en relación con dicha expresión una vez que se adopte una decisión sobre la cuestión terminológica antes referida.

33. Sobre la base de lo antes señalado, pueden formularse dos proyectos de artículos que definan, desde una doble perspectiva, positiva y negativa, el alcance del mismo. La definición de dicho ámbito de aplicación debe realizarse, a juicio de la Relatora Especial, desde el inicio de los trabajos, a fin de evitar lagunas que puedan perjudicar el futuro desarrollo de los mismos. Dichos proyectos de artículos deben situarse, además, en la primera parte del proyecto de artículos, actuando —junto con las definiciones— como marco del mismo.

34. A tal fin se proponen los siguientes proyectos de artículos:

*«Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 2, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de su jurisdicción penal por un tercer Estado.

*Proyecto de artículo 2. Inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos:

a) las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, o en el marco o en conexión con una misión especial;

b) las inmunidades penales establecidas por acuerdos de sede o por tratados que regulen la representación diplomática ante organizaciones internacionales o que establezcan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios o agentes;

c) las inmunidades que puedan establecerse en virtud de otros tratados internacionales *ad hoc*;

d) cualesquiera otras inmunidades que puedan ser concedidas unilateralmente por un Estado a los funcionarios de un tercer Estado, en especial cuando los mismos se encuentren en su territorio.»

## CAPÍTULO III

## Los conceptos de inmunidad y jurisdicción

35. Los conceptos de inmunidad y jurisdicción constituyen las dos categorías básicas de referencia sobre las que se ha de construir el tratamiento del presente tema, así como el proyecto de artículos derivado del mismo, ya que su objeto consiste —precisamente— en determinar en qué supuestos los tribunales de un Estado no pueden ejercer su jurisdicción en el ámbito penal, como consecuencia de la inmunidad que protege a ciertos funcionarios de un tercer Estado. Por consiguiente, y con independencia de que, como acertadamente señaló en su momento la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*<sup>20</sup> y recordó el Relator Especial, Sr. Kolodkin<sup>21</sup>, ambas categorías son autónomas, no es menos cierto que solo la relación entre ambas explica el tratamiento de este tema por la Comisión<sup>22</sup>. Y, por ello, definir en paralelo ambos conceptos constituye una condición necesaria para el correcto desarrollo del tema y del proyecto de artículos. Dichas definiciones deben incluirse, lógicamente, en la parte primera del proyecto de artículos a fin de que sirvan de marco de referencia para el resto del proyecto

## A. Concepto de jurisdicción penal

36. El concepto de inmunidad parte, necesariamente, de la existencia previa de una jurisdicción penal del Estado, sin la que la propia institución de la inmunidad carece de sentido y significado alguno<sup>23</sup>. Por consiguiente, con independencia del tratamiento procesal que se dé a la inmunidad, es necesario identificar en primer lugar qué entendemos por jurisdicción a los efectos del presente proyecto de artículos.

37. Definir el concepto de jurisdicción puede aparecer en un primer momento como un esfuerzo innecesario<sup>24</sup>, ya que nos encontraríamos frente a una categoría aceptada con carácter general que aparece recogida sin oposición en

los distintos ordenamientos jurídicos estatales en los que está llamada a operar la inmunidad. Sin embargo, siendo ello cierto, no lo es menos que el concepto de jurisdicción ha sido objeto de múltiples tratamientos en el plano del derecho internacional, y que, incluso, el empleo de dicho término puede tener diversos significados en los ordenamientos internos<sup>25</sup>. En cualquier caso, no puede olvidarse tampoco que cuando hablamos de jurisdicción en el presente informe, ello está siempre referido a la inmunidad de jurisdicción penal, lo que introduce un elemento distintivo que debe ser debidamente tenido en cuenta<sup>26</sup>. Así, aunque no es el objeto del presente informe entrar en un análisis teórico al respecto, sí es preciso partir de dicha diversidad conceptual para poner de manifiesto que el alcance del término «jurisdicción» puede no ser pacífico en el tema que nos ocupa, y ello no solo por la diversidad conceptual antes apuntada, sino también porque la definición de qué tipos de actos se integran en la categoría genérica de «jurisdicción» constituye un importante objeto de debate que deberá ser sustanciado en su momento por la Comisión, en especial cuando se aborde la problemática de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera desde una perspectiva procesal. A este respecto, piénsese, por ejemplo, en la incidencia que puede tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera la posible adopción de actos ejecutivos previos o paralelos al ejercicio de la función judicial, tales como la detención de una persona, la retención de títulos de viaje o la solicitud de la inscripción de una orden de busca y captura en algún sistema internacional de cooperación y asistencia policial internacional. Por consiguiente, definir el concepto de jurisdicción penal a los efectos del presente ejercicio reviste una especial importancia.

38. No obstante, en el estadio actual de los trabajos no se pretende proceder a una enumeración detallada de los tipos de actos que se incluyen en la categoría de jurisdicción, sino más bien ofrecer una definición suficientemente amplia de dicha categoría que nos permita ponerla en relación eficazmente con los distintos elementos que definen la inmunidad, así como con los distintos actos —judiciales o ejecutivos— frente a los cuales la inmunidad puede operar. Dicha comparación se debe realizar, a juicio de la Relatora Especial, partiendo de la premisa de que, cuando se aborda el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la jurisdicción penal del Estado existe ya y que, por consiguiente, el Estado de la jurisdicción tiene competencia para ejercer un conjunto de actos —judiciales y eventualmente ejecutivos— cuya finalidad no es otra que determinar o concluir la existencia de una concreta responsabilidad penal individual por actos constitutivos de crímenes o delitos tipificados conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado.

<sup>20</sup> República Democrática del Congo *c.* Bélgica, fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, párr. 46; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 162.

<sup>21</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 180, párr. 61.

<sup>22</sup> Véase *ibíd.*, págs. 176 y 177, párr. 43 y nota 88. Como bien recuerda el antiguo Relator Especial, la propia Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* afirmó que “solo cuando un Estado tiene jurisdicción con arreglo al derecho internacional en relación con un asunto concreto puede plantearse una cuestión de inmunidades respecto del ejercicio de esa jurisdicción” (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 19, párr. 46).

<sup>23</sup> En este sentido, véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 7 y 14. La íntima relación existente entre «jurisdicción» e «inmunidad» ha quedado igualmente recogida en el artículo I, párr. 2 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 2009, conforme a la cual «[a] los efectos de la presente resolución, la expresión “jurisdicción” se entiende de la competencia penal, civil o administrativa de los tribunales nacionales de un Estado en tanto se refiera a las inmunidades conferidas a otro Estado o a sus agentes por el derecho internacional convencional o consuetudinario», (Instituto de Derecho Internacional, «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, pág. 229).

<sup>24</sup> Ha de tenerse en cuenta que la definición de los conceptos de jurisdicción e inmunidad fue también abordada por la Comisión con ocasión del tratamiento de la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus bienes, a pesar de lo cual las propuestas del Relator Especial en este sentido no fueron retenidas por la Comisión ni en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes aprobada por la Asamblea General en 2004.

<sup>25</sup> El antiguo Relator Especial abordó el concepto de jurisdicción en un sentido amplio en su informe preliminar, cuyo análisis puede seguir considerándose útil (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 176 a 178, párrs. 43 a 47). El citado concepto fue también abordado en el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 7 a 13.

<sup>26</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 178 y 179, párrs. 48 a 55.

39. Por consiguiente, el concepto mismo de competencia se encuentra estrechamente relacionado con la definición de jurisdicción penal y debe formar parte de ella. A este respecto, no puede olvidarse tampoco que el propio concepto de competencia y los títulos sobre los que se sustenta tampoco son idénticos en todos los Estados, dependiendo no solo de normas y principios de derecho internacional, sino también de normas propias del Estado, adoptadas sobre la base de aquellas por las que atribuye competencia a sus propios tribunales. A este respecto, la Relatora Especial considera que no es objeto del presente informe entrar en el análisis de cada uno de estos títulos competenciales o nexos jurisdiccionales, ni tampoco entrar en un debate sobre si la atribución de dichas competencias es o no plenamente conforme al derecho internacional y en qué medida. Tampoco es objeto de este informe debatir sobre si las normas internacionales en que se basan los Estados para atribuir competencia interna a los tribunales estatales son normas que imponen obligaciones o que, simplemente, habilitan o autorizan la atribución de las citadas competencias, ni tampoco sobre cuál sería la consecuencia práctica de dicha distinción. Este debate se sitúa fuera del mandato acordado por la Comisión para el tratamiento de este tema y podría incidir más bien sobre otras cuestiones que están en el programa a largo plazo de la Comisión (jurisdicción extraterritorial) o en su programa actual (principio *aut dedere aut iudicare*) o que podrían llegar a estarlo si la Asamblea General así lo decidiera (jurisdicción internacional).

40. Sin embargo, sí es preciso —al menos— llamar la atención sobre la diversidad de títulos competenciales sobre los que los Estados han construido su propio sistema de jurisdicción penal nacional, puesto que, en última instancia, es la citada jurisdicción penal nacional (cada concreta jurisdicción penal nacional) la que deberá entrar en contacto con la inmunidad. Y así, baste con destacar en este momento los títulos basados en la territorialidad, en la personalidad (activa o pasiva), en el principio de protección o en la jurisdicción universal. Todos estos títulos constituyen la base potencial de la competencia de los Estados en el ejercicio de la jurisdicción penal entendida en sentido estricto y, con excepción de la personalidad activa, todos ellos podrían dar lugar al ejercicio de la jurisdicción penal contra un extranjero que podría detentar la condición de funcionario y por ello, pretender beneficiarse de la inmunidad. El empleo de uno u otro de estos títulos depende de la voluntad del Estado concernido y se traduce, en la práctica, en la existencia de una pluralidad de modelos jurisdiccionales nacionales. La toma en consideración de esta pluralidad de modelos jurisdiccionales no debe ser desdeñada por la Comisión, máxime si tenemos en cuenta que un buen número de casos de la práctica provienen, en buena medida, del empleo de títulos competenciales basados en alguna forma de competencia extraterritorial<sup>27</sup>. Pero dicha toma en consideración debe hacerse únicamente a los efectos de definir la existencia de la jurisdicción como un *prius* de la inmunidad. Por consiguiente, la Relatora Especial considera que al definir el concepto de jurisdicción a los efectos del presente tema y proyecto de artículos, es irrelevante la naturaleza de cada uno de los títulos sobre los que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción basa su competencia. En resumen:

la existencia de una pluralidad de títulos competenciales y, por tanto, de una pluralidad de modelos jurisdiccionales estatales en el orden penal constituye un *prius* fáctico que la Comisión debe de tomar en consideración en sus trabajos, sin que ello implique una valoración ni pronunciamiento alguno sobre cada uno de los títulos competenciales antes mencionados.

41. Por otro lado, ha de destacarse que el concepto de jurisdicción penal hace referencia esencialmente a la competencia del Estado para ejercer su potestad de enjuiciar los crímenes o delitos tipificados como tales conforme a las normas aplicables en su ordenamiento jurídico. Por consiguiente, este elemento finalista debe estar presente en la definición del concepto de jurisdicción penal. En todo caso, debe advertirse que con ello no se produce en ningún caso el efecto de alterar la naturaleza jurídica de la inmunidad, que continúa siendo una institución netamente procesal. Así, la inclusión de una referencia a la determinación de la responsabilidad penal individual en la definición de jurisdicción penal, no tiene ni puede tener como efecto que la inmunidad libere al funcionario extranjero que se beneficia de la misma de la responsabilidad penal individual, cuestión sobre la que se volverá más tarde<sup>28</sup>.

42. Partiendo de las consideraciones previas, la Relatora Especial considera útil incluir en el proyecto de artículos una definición de «jurisdicción penal extranjera» que formará parte de un proyecto de artículo de naturaleza introductoria dedicado a las «definiciones». A tal fin se propone el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por “jurisdicción penal” el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarias para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de “jurisdicción penal” es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción.»

**B. Concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera**

43. Al igual que sucede con el concepto de «jurisdicción», el concepto de «inmunidad» tampoco suele ser definido en los instrumentos internacionales que, de una u otra manera, se han ocupado de las inmunidades del

<sup>27</sup> Véase la nota 15 *supra*.

<sup>28</sup> En relación con este tema, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia es reiterada y constante. Véanse los casos *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, pág. 25, párr. 60; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, C.I.J. Recueil 2008, pág. 244, párr. 196 (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 15); e *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente)), fallo, C.I.J. Recueil 2012, págs. 124 y 143, párrs. 58 y 100, respectivamente (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 300).

Estado o de sus funcionarios o agentes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunities de Jurisdicción de los Estados y de sus Bienes, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o la Convención sobre Misiones Especiales. En particular, por lo que se refiere a la «inmunidad de jurisdicción penal», en la práctica normativa previa se aprecia una cierta tendencia a enunciar exclusivamente la «inmunidad de jurisdicción penal» como uno de los elementos integrantes del régimen de privilegios e inmunidades regulado en cada uno de dichos instrumentos, sin proceder a su definición. Ello nos sitúa frente a un concepto jurídico en blanco cuyo alcance debe ser identificado a través del estudio de la práctica, en particular de la práctica estatal.

44. A pesar de la práctica antes referida, no es menos cierto que la tarea de integrar este concepto jurídico en blanco no resulta extremadamente difícil, ya que el concepto de inmunidad de jurisdicción ha sido objeto de importantes debates en los trabajos preparatorios de los instrumentos antes mencionados, en especial en el seno de la propia Comisión. A ello ha de añadirse que el citado concepto, referido ahora a la jurisdicción penal en el marco del presente tema, ha sido analizado de forma detallada por la Secretaría en su estudio<sup>29</sup> y por el anterior Relator Especial en su informe preliminar<sup>30</sup>.

45. De todos estos trabajos previos cabe deducir un conjunto de elementos característicos del concepto de

<sup>29</sup> Véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 14 a 66.

<sup>30</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 179 a 183, párrs. 56 a 70.

«inmunidad de jurisdicción penal extranjera», que pueden resumirse de la siguiente forma:

a) La inmunidad implica el no ejercicio de la jurisdicción penal por un Estado, a pesar de que —en principio— sus tribunales serían competentes para enjuiciar determinados delitos y crímenes;

b) La inmunidad solo opera como consecuencia de la presencia de un elemento extranjero al que se califica, de modo genérico como «funcionario» de un tercer Estado;

c) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene una naturaleza eminentemente procesal y no afecta a las normas penales sustantivas del Estado titular de la jurisdicción, ni tampoco a la responsabilidad penal individual del beneficiario de la inmunidad<sup>31</sup>.

46. Teniendo en cuenta lo antes señalado, es posible formular una definición de inmunidad de jurisdicción penal extranjera que incorpore los caracteres generales arriba enumerados. Para ello se sugiere la siguiente redacción:

«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

b) se entiende por “inmunidad de jurisdicción penal extranjera” la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado.»

<sup>31</sup> Véase la nota 15 *supra*.

## CAPÍTULO IV

### La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*

47. La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* ha sido objeto de tratamiento y aceptación general por parte de la doctrina, bien sea bajo esta denominación o bajo la denominación de «inmunidad personal» e «inmunidad funcional». El estudio de ambas categorías de inmunidad ha sido, además, suficientemente abordado en el informe preliminar del anterior Relator Especial<sup>32</sup> y en el estudio de la Secretaría<sup>33</sup>, sin que sea necesario en este momento volver sobre las cuestiones analizadas en dichos documentos. Por último, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los pocos elementos respecto de los que se aprecia un amplio consenso en los debates mantenidos sobre este tema en la Comisión.

48. Ambas categorías presentan importantes elementos en común, pero también elementos que las diferencian de manera significativa. Entre los primeros se encuentra

su fundamento y finalidad, que no es otro que garantizar el principio de igualdad soberana de los Estados, evitar las injerencias en asuntos internos y facilitar el mantenimiento de relaciones internacionales estables, asegurando que sus funcionarios y representantes puedan desempeñar sin dificultades ni obstáculos externos las funciones que les son propias<sup>34</sup>. Ello determina la necesidad de considerar a la inmunidad de jurisdicción penal desde una perspectiva o dimensión funcional ineludible, ya que la protección reconocida a las personas que se benefician de la inmunidad se les otorga, en última instancia, en virtud de las funciones o tareas que cada una de ellas desempeñan en el marco de su relación orgánico-funcional con el Estado. Dichas tareas son necesariamente

<sup>32</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 184 y 185, párrs. 78 a 83.

<sup>33</sup> Véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 88 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha afirmado en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales que «las inmunidades son acordadas con miras a asegurar, conforme al derecho internacional, una repartición y un ejercicio ordenados de la competencia jurisdiccional en los litigios que impliquen a los Estados, a respetar la igualdad soberana de los Estados y a permitir a las personas que actúan en su nombre que cumplan efectivamente sus funciones» (art. II, párr. 1) (*Annuaire*, vol. 73). La Corte Internacional de Justicia ha destacado este carácter funcional y finalista de la inmunidad en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, pág. 22, párr. 53.

diferentes en virtud del estatuto correspondiente a las diversas categorías de personas protegidas, lo que determinará una distinta manifestación del componente funcional de la inmunidad y, por consiguiente, también la definición de un régimen jurídico diferenciado para cada una de las categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera antes mencionadas. Teniendo en cuenta que este componente «funcional» está presente en relación con ambas categorías, a los efectos del presente informe y del proyecto de artículos se considera preferible utilizar la denominación de «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*», a fin de evitar confusiones terminológicas que pudiesen tener algún tipo de incidencia no deseada en el plano conceptual.

49. La inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* comparten igualmente la característica de ser inmunidades que protegen y se reconocen a personas, con independencia de que su reconocimiento se realice para proteger, en última instancia, derechos e intereses del Estado y que, por tanto, se deba reconocer alguna posición al Estado en relación con dichas inmunidades, especialmente en relación con la alegación o retirada de la inmunidad. Así, no puede olvidarse que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera opera frente a la jurisdicción penal y, por consiguiente, se aplica en relación con ciertas categorías de personas que, en ausencia de la inmunidad, podrían ser sometidas a un proceso penal con la finalidad de determinar su eventual responsabilidad penal individual. Por consiguiente, y aunque no sea este el momento para abordar el tema con profundidad, debe advertirse ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera (tanto *ratione personae* como *ratione materiae*) ha de diferenciarse de la inmunidad del Estado, con la que no puede confundirse aunque ambas tengan puntos de conexión<sup>35</sup>.

50. Sin embargo, frente a los elementos comunes que se acaban de señalar, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* presentan también importantes diferencias que es preciso destacar. Así, de la práctica cabe deducir que la inmunidad *ratione personae* se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Se reconoce únicamente a ciertos órganos del Estado que ocupan un lugar destacado en el mismo y que, en virtud de su cargo, representan al Estado en las relaciones internacionales, de manera automática y en virtud de normas de derecho internacional;

b) Se aplica a todos los actos realizados por los representantes del Estado, sean privados u oficiales;

c) Tiene una dimensión claramente temporal, que se circunscribe al período de tiempo en que los órganos beneficiarios de la inmunidad están en ejercicio de su mandato<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> En relación con la distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia la ha mencionado expresamente en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* (C.I.J. Recueil 2012, págs. 137 y 138, párr. 87), pudiéndose encontrar una referencia implícita a dicha distinción en *ibíd.*, pág. 139, párr. 91.

<sup>36</sup> En relación con estas características, véase el capítulo V del presente informe.

Por su parte, la inmunidad *ratione materiae* se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado;

b) Los actos a los que se extiende la inmunidad serán únicamente aquellos que puedan calificarse como «actos oficiales» o «actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales»; y

c) No está sometida a límite temporal alguno, ya que la inmunidad *ratione materiae* subsiste incluso después de que la persona beneficiada por la inmunidad haya perdido la condición de funcionario.

51. A pesar de que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es ampliamente aceptada en la doctrina y tiene reflejos en la práctica judicial, llama la atención que la misma no haya tenido un reflejo paralelo en las legislaciones nacionales. Así, entre los Estados que han respondido a la primera de las preguntas formuladas por la Comisión en su anterior período de sesiones, la mayoría ha señalado que no existen normas específicas en sus ordenamientos internos que recojan la citada distinción. A pesar de lo cual, algunos han señalado ejemplos de cómo dicha distinción se recoge indirectamente en alguna de sus normas internas o como, con mayor frecuencia, es recogida en su jurisprudencia. En realidad, esta respuesta no es totalmente sorprendente, ya que guarda relación con dos elementos de la práctica que no se pueden ignorar, a saber: a) que la práctica estatal en materia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera no es muy amplia; y b) que las legislaciones nacionales no contienen habitualmente reglas referidas a las inmunidades con componente extranjero, con la excepción de referencias genéricas a la aplicabilidad del derecho internacional.

52. A pesar de ello, diferenciar adecuadamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* es útil y necesario a los efectos del presente tema y del proyecto de artículos que se pueda derivar del mismo. Y no solo por razones analíticas o descriptivas, si no —sobre todo— porque la determinación de cuales sean los elementos normativos de cada una de estas categorías de inmunidad tiene relevancia para definir el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas, inclusive desde la perspectiva de las técnicas procesales que deban establecerse para hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A lo que ha de añadirse, por último, que dicha distinción no es tampoco ajena a la problemática general de las excepciones aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, sin duda, una de las cuestiones sobre las que el grado de incertidumbre y desacuerdo es mayor.

53. Teniendo en cuenta lo anterior, se considera necesario proceder a la definición de ambas categorías de inmunidad, de modo general y como marco de referencia para los ulteriores desarrollos en el tratamiento de ambas categorías. Dicha definición deberá incluirse en el proyecto de artículo 3, dedicado a las «definiciones», para lo que se propone la siguiente redacción:



«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

c) se entiende por “inmunidad *ratione personae*” la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo

directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;

d) se entiende por “inmunidad *ratione materiae*” la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como “actos oficiales”.)»

## CAPÍTULO V

### La inmunidad *ratione personae*: elementos normativos

54. Con la expresión «elementos normativos» se hace referencia en el presente informe a aquellos elementos característicos de la inmunidad *ratione personae* que son relevantes para definir el régimen jurídico aplicable a dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Partiendo de la definición de inmunidad *ratione personae* que se ha dado en el capítulo IV *supra* y que se contiene en el apartado c del proyecto de artículo 3, los elementos normativos en cuestión pueden ser identificados de la siguiente forma:

a) Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*: ¿qué personas son beneficiarias de la inmunidad?

b) Alcance material de la inmunidad *ratione personae*: ¿qué categoría de actos realizados por dichas personas quedan protegidos por la inmunidad?

c) Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*: ¿durante qué período de tiempo puede ser alegada y aplicada la inmunidad?

Cada uno de estos elementos será objeto de tratamiento autónomo en las siguientes páginas.

55. No se incluyen en el presente capítulo las cuestiones referidas a las eventuales excepciones a la inmunidad *ratione personae* ni los aspectos procesales de la misma, que serán analizados en una fase ulterior del estudio.

#### A. Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*

56. La determinación de las personas a las que se aplica la inmunidad constituye, sin duda, una *conditio sine qua non* para el ejercicio de la inmunidad. Y ello adquiere un significado especial cuando nos encontramos ante la inmunidad de jurisdicción penal en la que, al margen de otras consideraciones, se está debatiendo la posibilidad de ejercer o no la jurisdicción del Estado para deducir la oportuna responsabilidad penal individual y no la responsabilidad del Estado. En el caso que nos ocupa, la determinación de dichas personas presenta un segundo foco de interés, puesto que el título del tema elegido por la Comisión hace referencia, de forma genérica, a los «funcionarios del Estado» («*officials*» en inglés; «*représentants*» en francés). Lo que ha suscitado la preocupación por la definición del concepto «funcionario».

57. Esta preocupación adquiere, sin embargo, rasgos característicos en la medida en que nos ocupemos de la inmunidad *ratione personae* que, como ya se ha señalado *supra*, se refiere necesariamente a un número reducido de personas que se caracterizan por ejercer funciones o cargos estatales del más alto nivel, en virtud de los cuales tienen atribuida la representación internacional del Estado<sup>37</sup>. Por consiguiente, la definición del término «funcionario» puede carecer de interés en relación con esta categoría de inmunidad, si se opta por una aproximación estricta que vincula y circunscribe la inmunidad *ratione personae* al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores. Por el contrario, podría adquirir un mayor significado si se opta por una aproximación extensiva, que pueda incluir entre las personas beneficiarias de la inmunidad a otros altos funcionarios del Estado, entre los que se ha mencionado con una cierta frecuencia a otros miembros del gobierno, tales como el ministro de defensa, el ministro de comercio u otros ministros que, por razón de su cargo, han de participar de alguna forma en las relaciones internacionales en general o en foros internacionales específicos y que, por ello, están llamados a viajar fuera de las fronteras nacionales de su propio país para ejercer sus funciones. En este segundo supuesto, la definición del concepto de «funcionario» a los efectos de la inmunidad *ratione personae* sí sería necesaria, si bien ha de advertirse que dicha definición debería ser específica y claramente diferenciada de la definición genérica de funcionario que se deberá utilizar en relación con la inmunidad *ratione materiae*, ya que el régimen jurídico aplicable a una u otra categoría de funcionario sería también necesariamente distinto.

58. Comenzando por la aproximación estricta, puede constatar que, con carácter general, el reconocimiento de inmunidad *ratione personae* a favor del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores se ha consolidado en la práctica. Así, aunque es cierto que el reconocimiento de dicha inmunidad se predicó originariamente del jefe de Estado y se extendió después al jefe de gobierno<sup>38</sup>, tras el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de

<sup>37</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 194 a 198, párrs. 109 a 121, y el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 96 a 136.

<sup>38</sup> Téngase en cuenta, en este sentido, el origen de este tipo de inmunidad, vinculada a la figura del soberano. Superada tal aproximación, no es menos cierto que distintos instrumentos internacionales, hasta una época más o menos reciente, se refieren en exclusiva al jefe de Estado para definir una especial regla de inmunidad personal. Véase en este sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre

la Corte Internacional de Justicia, su extensión al ministro de relaciones exteriores no suscita dudas, al afirmar que «se encuentra claramente establecido en derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas, que ocupan un rango elevado en el Estado, tales como el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, gozan de inmunidad jurisdicción, tanto civil como penal en los demás Estados»<sup>39</sup>. Así, si bien es cierto que la extensión de la inmunidad al ministro de relaciones exteriores ha encontrado alguna opinión contraria en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión<sup>40</sup>, no puede dejarse de señalarse que dicha posición negativa referida al ministro de relaciones exteriores es extraordinaria y, además, se compadece mal con el fallo de la Corte antes mencionado, respecto del que cabe concluir que recoge el derecho consuetudinario aplicable en el momento en que se dicta.

59. El fundamento para la identificación del jefe de Estado, del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores como los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* se encuentra en la función representativa del Estado que los mismos desempeñan en el plano de las relaciones internacionales. Una función que, debe recordarse, se basa en el propio derecho internacional y que ejercen de forma automática y sin necesidad de que se produzca ningún acto expreso de apoderamiento por parte del Estado al que representan<sup>41</sup>. En definitiva, se trata de una función representativa del Estado al margen del modelo político y administrativo del Estado al que representan y al margen del derecho interno que, en sus respectivos Estados, determine el acceso al cargo de jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores; esta función no es otra que establecer un modelo orgánico de representación estatal homogéneo en toda la comunidad internacional, que favorezca y facilite el mantenimiento de relaciones

internacionales<sup>42</sup>. Es precisamente este carácter de representatividad automática basada en el derecho internacional lo que explica el lugar que se reconoce a estos tres órganos del Estado en el marco del derecho internacional en general (piénsese, por ejemplo, en el derecho de los tratados o en el derecho de la responsabilidad internacional), y que se extiende igualmente al ámbito de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, atribuyéndoles un régimen (la inmunidad *ratione personae*) diferenciado del aplicable a otros funcionarios del Estado.

60. Desde esta perspectiva, una vez admitido que el fundamento de este régimen especial es precisamente la especialísima naturaleza representativa del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, expresamente fundada y reconocida por el derecho internacional, no puede negarse que nos encontramos ante una situación extraordinaria que difícilmente puede extrapolarse a otras personas, con independencia de que detenten cargos de alto nivel en el Estado del que son nacionales; incluso si forman parte del gobierno del mismo<sup>43</sup>. Salvo, claro está, que resulte posible identificar la existencia de normas de derecho internacional, similares a las aplicables a los miembros de la troika, que les atribuyan un papel de representación equiparable al reconocido al jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores. En ausencia de tales normas, no resultará posible aplicar la inmunidad *ratione personae* a otros funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, y ello con independencia de que los otros funcionarios de alto nivel participen igualmente en las relaciones internacionales<sup>44</sup>.

61. Frente a este primer enfoque, la aproximación extensiva a la inmunidad *ratione personae* permitiría incluir en el ámbito de aplicación subjetiva de la misma a determinados altos funcionarios del Estado distintos de la troika, fundamentalmente cuando los mismos —por razón de las funciones que les son propias en virtud del propio derecho nacional en el que operan— deben participar en intercambios internacionales y viajar con frecuencia al extranjero,

las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, art. 3, párr. 2. Por su parte, la Convención sobre Misiones Especiales se refiere de manera separada a las inmunidades del jefe de Estado (art. 21, párr. 1) y a las inmunidades de jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y «demás personalidades de rango elevado» (art. 21, párr. 2), cuando dichos representantes del Estado participan en una misión especial. En el ámbito de la codificación privada, es de destacar que el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de Vancouver de 2001, se centra en primer lugar en el jefe del Estado para extender posteriormente el régimen de inmunidad e inviolabilidad al jefe de gobierno, pero sin citar en el mismo plano al ministro de relaciones exteriores.

<sup>39</sup> C.I.J. *Recueil* 2002, págs. 20 y 21, párr. 51.

<sup>40</sup> La oposición a la atribución de inmunidad *ratione personae* al ministro de relaciones exteriores ha sido defendida en varias ocasiones por Sudáfrica.

<sup>41</sup> Especialmente clarificadoras resultan a este respecto las siguientes afirmaciones de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, que aunque referida al ministro de relaciones exteriores es perfectamente extensible en sus elementos esenciales al jefe de Estado y al jefe de gobierno:

«Este asegura la dirección de la acción diplomática de su gobierno y lo representa en general en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales. [...] Asimismo, la Corte observa que un ministro de relaciones exteriores, responsable de la conducción de las relaciones de su Estado con todos los demás Estados, ocupa una posición que, al igual que el jefe de Estado y el jefe de gobierno, se ve reconocida por el derecho internacional como detentora de la calidad de representar al Estado por el solo hecho del ejercicio de sus funciones. No es necesario la presentación de credenciales: al contrario, por lo general él es quien decide acerca de los poderes que se confieren a los agentes diplomáticos y quien firma sus credenciales» (ibíd., págs. 21 y 22, párr. 53).

<sup>42</sup> A un fundamento similar responde el establecimiento del régimen de relaciones diplomáticas y consulares, e incluso el régimen aplicable a las misiones especiales, en los que también se introducen reglas referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que responden a la categoría de inmunidad *ratione personae*.

<sup>43</sup> A este respecto, debe recordarse igualmente que diversos instrumentos y textos internacionales establecen una diferenciación entre el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, de un lado, y otros altos cargos del Estado, incluidos los de rango ministerial. Así, véase en particular la Convención sobre Misiones Especiales, art. 21, ya citada. Por su parte, aunque desde una perspectiva distinta, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, al definir a las personas protegidas establece una distinción nítida entre el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, de un lado (art. 1, párr. 1, apdo. a), y cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado, de otro (art. 1, párr. 1, apdo. b). En otro plano, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 2001, establece una neta distinción entre las inmunidades del jefe de Estado y del jefe de gobierno y las «inmunidades que se les pueden reconocer a los otros miembros del gobierno en razón de sus funciones oficiales» (art. 15, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 69).

<sup>44</sup> En la Sexta Comisión durante el último período de sesiones de la Asamblea General se han expresado a favor de limitar a la troika la inmunidad *ratione personae* los siguientes Estados: Austria, Bélgica, Congo, Eslovenia, España, Estados Unidos, Grecia, Irlanda, Jamaica, Malasia, Nueva Zelanda, Países Bajos y Portugal.

ejerciendo incluso la representación del Estado aunque sea de manera sectorial. De esta manera, se pretendería reforzar el carácter seguro y sostenible de las relaciones internacionales y la igualdad soberana del Estado a la luz de los nuevos modelos de diplomacia y relaciones internacionales, otorgando a dichas personas la misma inmunidad *ratione personae* que ya se reconoce al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores, con cuyas funciones se les pretende equiparar<sup>45</sup>. Tal interpretación extensiva se ha pretendido justificar por sus defensores en el tenor literal de la afirmación contenida en el ya mencionado fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de la Corte Internacional de Justicia, y en especial en el empleo de la expresión «tales como», a la que se le atribuye el valor de una cláusula de apertura. A lo que se han añadido algunos elementos de la práctica judicial estatal, conforme a la cual algunos tribunales nacionales habrían reconocido una inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios del Estado distintos de la troika. Ello merece, por tanto, una reflexión al respecto.

62. En relación con la citada «tendencia extensiva», ha de destacarse, en primer lugar, que la interpretación de la frase del fallo de la Corte Internacional de Justicia antes mencionado, debe ser situada en sus justos términos. Y así, a pesar de su tenor literal, resulta difícil concluir que la Corte quisiera referirse a la existencia de una lista abierta de personas que se beneficien de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, cuando la Corte ha tenido la oportunidad de ampliar la lista de personas protegidas por este tipo de inmunidad, con ocasión del fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, no lo ha hecho, circunscribiendo sus pronunciamientos al respecto al jefe de Estado. Por lo que se refiere al fiscal de la república y al jefe de seguridad nacional, lo cierto es que no se ha pronunciado expresamente sobre si tendrían derecho o no a una inmunidad *ratione personae* de alcance general, si bien concluye que los citados altos funcionarios no gozan de inmunidades personales por no ser agentes diplomáticos y por no serles de aplicación tampoco la Convención sobre Misiones Especiales<sup>46</sup>.

63. En segundo lugar, la práctica estatal referida a esta cuestión no es extensa y, además, no es coherente ni constante, ni por lo que se refiere a las soluciones dadas a un caso concreto ni por lo que se refiere a los argumentos empleados por las distintas jurisdicciones nacionales. Así, frente a pronunciamientos favorables a la extensión de la inmunidad *ratione personae*, cabe pensar en otros casos en los que la conclusión es la contraria<sup>47</sup> o en los que, sin emitir pronunciamiento alguno sobre el tipo de inmunidad que se está alegando o aplicando, se produce una clara diferenciación entre el tratamiento dado a un miembro de la troika y a otros altos funcionarios del Estado. Por consiguiente, ante una falta de práctica estatal homogénea, no resulta

posible encontrar argumentos a favor de la ampliación de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos de la troika, ya que ello equivaldría a atribuirles una función de representatividad directa y automática del Estado en el plano de las relaciones internacionales sobre la base de una norma de derecho internacional que no puede demostrarse que exista<sup>48</sup>.

64. Por último, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que, incluso entre los defensores de la extensión de la inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios distintos de la troika, se produce un amplio consenso en considerar que no es posible proceder a una enumeración taxativa de quienes sean dichos órganos, habiéndose manifestado opiniones muy diferentes en cuanto a la naturaleza y la extensión de los altos funcionarios que deberían resultar beneficiados por este tipo de inmunidad<sup>49</sup>. Por el contrario, se aprecia una tendencia constante entre los patrocinadores de la teoría extensiva a proponer como fórmula más adecuada la identificación de los criterios que justificarían la atribución de la inmunidad *ratione personae* a esos «otros altos funcionarios» del Estado<sup>50</sup>.

65. Es cierto, sin embargo, que no es extraño encontrar en la práctica ejemplos en virtud de los cuales el derecho internacional reconoce inmunidad *ratione personae* con carácter general a otros funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. Sin duda, el ejemplo más significativo lo encontramos en la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos, al que se puede añadir el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* en virtud de las reglas aplicables a las misiones especiales o, incluso, ciertos supuestos en los que mediante actos unilaterales se ha reconocido la misma protección a ciertos altos funcionarios en el marco de viajes oficiales a un determinado país. Se trata, sin embargo, de regímenes especiales que quedan excluidos del alcance de aplicación del presente tema y que, por tanto, deberían quedar igualmente excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de artículos que pudiera ser aprobado en su día por la Comisión. Es precisamente en el marco de esos regímenes especiales, en particular a través del régimen de las misiones especiales entendidas en un sentido amplio, donde debe encontrar una respuesta más adecuada la preocupación por la inmunidad de un grupo de altos funcionarios del Estado que, con carácter más o menos permanente o más o menos esporádico, están obligados a viajar fuera del territorio

<sup>48</sup> Varios Estados han advertido sobre la necesidad de ser prudentes en toda aproximación extensiva, ya que los niveles de representación atribuidos a una u otra categoría de altos funcionarios es sensiblemente diferente (Eslovenia, Malasia y Noruega).

<sup>49</sup> Para algunos Estados debería reconocerse la inmunidad *ratione personae* a los ministros de defensa y comercio (Suiza y Noruega), al ministro responsable del sistema financiero teniendo en cuenta la actual situación mundial (Noruega), a viceprimeros ministros, a los ministros del gobierno en general y a los jefes del legislativo (China, Reino Unido, Irlanda).

<sup>50</sup> La necesidad de determinar dichos criterios ha sido puesta de manifiesto en particular por: Chile, China, Federación de Rusia, Francia, India, Irlanda, Israel, Japón, Portugal y República de Corea. De manera especial, algunos Estados han puesto el énfasis en que se tengan en cuenta como criterios esenciales el rango de la persona afectada, su participación en la cooperación y en las relaciones internacionales y la necesidad de viajar (véase en particular, la intervención del Reino Unido).

<sup>45</sup> En este sentido, los siguientes Estados expresaron, con mayor o menor cautela, su disponibilidad a explorar una tendencia aperturista: Argelia, Belarús, Chile, China, Federación de Rusia, Francia, Israel, Noruega, Perú, Portugal, Reino Unido, Suiza y Viet Nam.

<sup>46</sup> *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 243 y 244, párr. 194. No obstante, no puede obviarse el hecho de que en el citado fallo la Corte Internacional de Justicia parece realizar, aunque solo sea parcialmente, una asimilación entre la inmunidad de estos dos altos funcionarios y la inmunidad del Estado (véase *ibíd.*, pág. 242, párrs. 187 y 188, y pág. 244, párr. 196).

<sup>47</sup> En este sentido, valga citar la reciente sentencia del Tribunal Penal Federal de Suiza, de 25 de julio de 2012 (nota 15 *supra*).

nacional y que, por ello, se podrían ver enfrentados a la jurisdicción penal extranjera, con claro perjuicio para el desempeño de sus funciones y con claro perjuicio igualmente al principio de igualdad soberana del Estado en cuyo nombre desempeñan dichas funciones.

66. Por último, no puede dejar de destacarse que el reconocimiento de una inmunidad *ratione personae* que equiparase con la troika a otros altos funcionarios del Estado, incluso de naturaleza gubernamental, tendría como consecuencia impedir a los tribunales competentes de un Estado tercero ejercer su jurisdicción, privándole de un poder que forma parte de su propia soberanía. Una consecuencia de estas características tan solo se puede producir por aplicación de una norma de derecho internacional consuetudinario que así lo establezca. Una norma que se ha consolidado para los miembros de la troika, pero cuya existencia para otros altos funcionarios del Estado no parece que pueda demostrarse en el estadio actual de evolución del derecho internacional.

67. Sobre la base de todo lo antes señalado, la Relatora Especial considera que el alcance subjetivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* debe circunscribirse al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores, por lo que sugiere el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 4. Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*»

El jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozan de inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado del que no sean nacionales.»

68. No obstante, es cierto que en la práctica pueden encontrarse algunos ejemplos de reconocimiento puntual de la inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios distintos de la troika, a lo que ha de añadirse igualmente las opiniones expresadas por algunos miembros de la Comisión y por ciertos Estados a favor de considerar la apertura de este tipo de inmunidad a funcionarios del Estado de alto rango. Desde esta perspectiva, si la Comisión considerase oportuno abrir un debate sobre este proceso expansivo de la inmunidad *ratione personae*, la Relatora Especial debe señalar que dicho proceso se situaría, a su juicio, en el plano del desarrollo progresivo y que, en todo caso, una correcta aproximación a tal expansión exigiría abordar dicha inmunidad de manera autónoma y separada de la inmunidad del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores. En particular, a fin de incorporar a dicho proceso los elementos que diferenciarían dicha inmunidad de la inmunidad *ratione personae* reconocida tradicionalmente a los miembros de la troika. En ese proceso debería tomarse muy especialmente en consideración el nuevo elemento territorial que caracterizaría a esta específica forma de inmunidad *ratione personae*, derivado de la incorporación del concepto de «viaje oficial», que debería ocupar un lugar central en dicha reflexión y sobre el que algún Estado ha manifestado recientemente una especial preocupación<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> En la Sexta Comisión durante el pasado período de sesiones de la Asamblea General, Suiza ha afirmado que el hecho de que un

## B. Alcance material de la inmunidad *ratione personae*

69. El segundo de los elementos normativos que define la inmunidad *ratione personae* está constituido por el tipo de actos a los que se extiende dicha inmunidad. A este respecto cabe destacar que, contrariamente a lo que sucede con el alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*, la determinación abstracta de su alcance material no ha suscitado problemas en la práctica. Así, la extensión de la misma a cualquiera de los actos, privados u oficiales, que haya sido realizado por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores no ha sido objeto de contestación, lo que se explica, en buena medida, por la especial fundamentación de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera a la que antes se hizo referencia.

70. Esta solución es coherente con la ofrecida por diversos instrumentos internacionales que definen regímenes particulares y en los que se contempla igualmente una suerte de inmunidad que también responde a la naturaleza *ratione personae*, tales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre Misiones Especiales<sup>52</sup>. Ya que la protección que se contiene en las citadas convenciones frente al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera responde a la misma *ratio* que la que se otorgaría a los jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores, es lógico que la respuesta dada al ámbito material de aplicación de la misma sea idéntica. Por otro lado, también los diversos intentos de codificación privada que se han llevado a cabo, en particular por el Instituto de Derecho Internacional, incluyen tanto los actos privados como los oficiales bajo el paraguas de la inmunidad *ratione materiae*<sup>53</sup>.

71. Por otro lado, ha de tenerse igualmente en cuenta que esta posición es seguida igualmente en la jurisprudencia internacional, que se refiere a este tipo de inmunidad como inmunidad «plena», «total», «completa», «integral» o «absoluta», precisamente para declarar que la misma se aplica a cualquier acto realizado por las personas beneficiarias de la inmunidad. En paralelo, la práctica de los

funcionario de un Estado se encuentre o no en viaje oficial en el territorio de un tercer Estado debe ser un criterio metodológico relevante a la hora de abordar el tratamiento de la inmunidad *ratione personae*. La importancia de tomar en consideración el viaje oficial del representante del Estado también ha sido destacada por Noruega, hablando en nombre de los países nórdicos.

<sup>52</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 31 y 39, párr. 2, *a contrario*; Convención sobre Misiones Especiales, arts. 31 y 43, párr. 2, *a contrario*. En ambos casos debe llamarse la atención sobre el distinto tratamiento dado a la inmunidad de jurisdicción penal y a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, al admitir respecto de estas últimas excepciones que están directamente vinculadas a la realización de actos privados. De la misma manera, al regular el cese de la inmunidad se establece en dichas convenciones una distinción entre los actos oficiales y los restantes actos, lo que implica un reconocimiento implícito de que los actos no oficiales (privados) estuvieron protegidos por la inmunidad durante el período en que resultó aplicable la inmunidad *ratione personae* en relación con un agente diplomático o en relación con los miembros de una misión especial.

<sup>53</sup> Véase, en especial, la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional, adoptada en su sesión de Vancouver en 2001 (*Annuaire*, vol. 69, pág. 742). Merece especial atención el artículo 2, que debe ser leído, a los efectos que ahora nos interesan, en comparación con los artículos 3 y 13, párr. 2 (*ibíd.*, págs. 744 y 754, respectivamente).

órganos judiciales nacionales viene moviéndose tradicionalmente en el mismo plano<sup>54</sup>.

72. Por consiguiente, se puede concluir, siguiendo la expresión empleada por la Corte Internacional de Justicia, que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* es una inmunidad plena. Por tanto, en relación con la misma no es necesario proceder a un estudio analítico de qué tipos de actos han de entenderse como «actos privados» o como «actos oficiales», ni tampoco es preciso examinar, en principio, ni cuándo ni en qué circunstancias se han producido dichos actos, o dónde se encontraban los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* cuando realizaron los actos que quedan cubiertos por la inmunidad, ni dónde están cuando se pretende el ejercicio de jurisdicción frente a ellos<sup>55</sup>. La «plenitud» de la inmunidad *ratione personae* se traduce pues, en la aplicabilidad de la misma a cualquiera de los actos realizados por un jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores, con independencia de su naturaleza, del lugar en que los mismos se hayan producido y con independencia igualmente de la eventual naturaleza del viaje (visita oficial o privada) que el mismo realiza al extranjero cuando se produce la pretensión de ejercer la jurisdicción penal extranjera por un determinado Estado. En todo caso, desde esta perspectiva y a juicio de la Relatora Especial, el empleo de la expresión «inmunidad plena» es preferible al empleo de la expresión «inmunidad absoluta», que puede tener otros significados a la luz de las evoluciones recientes que la institución de la inmunidad está experimentando en las últimas décadas en el derecho internacional.

73. No obstante, ha de advertirse que esta calificación de la inmunidad *ratione personae* como plena no implica pronunciamiento alguno sobre la eventual aplicabilidad de excepciones a la misma. Dichas excepciones, caso de existir, implicarían —por su propia naturaleza— la exclusión de la regla general, que consiste precisamente en la inmunidad «plena». En todo caso, el tema de las eventuales excepciones a la inmunidad no es objeto de tratamiento en el presente informe ni debe, por tanto, reflejarse en el proyecto de artículo que a continuación se propone. Su tratamiento, como ya se señaló en el capítulo I *supra*, se producirá en un momento ulterior.

74. Teniendo en cuenta todo lo antes señalado, se propone el siguiente proyecto de artículo referido al alcance material de la inmunidad *ratione personae*:

*«Proyecto de artículo 5. Alcance material de la inmunidad ratione personae»*

1. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que se benefician el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores se extiende a todos los actos, privados u oficiales, realizados por dichas personas con anterioridad a su nombramiento o durante el ejercicio de su mandato.

<sup>54</sup> A este respecto, véase el interesante análisis contenido en el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 137 a 140. La reciente sentencia del Tribunal Penal Federal suizo (nota 15 *supra*) acoge igualmente la doctrina comúnmente aceptada de que la inmunidad afecta a todos los actos realizados, en este caso, por un jefe de Estado (párr. 5.3.1).

<sup>55</sup> Véase *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 55.

2. El jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores no se beneficiarán de la inmunidad *ratione personae* en relación con los actos, privados u oficiales, que puedan realizar con posterioridad a la terminación de su mandato. Ello se entiende sin perjuicio de otras formas de inmunidad de que puedan beneficiarse dichas personas en relación con actos oficiales realizados por las mismas tras la terminación de su mandato, en virtud de una calidad distinta.»

**C. Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae***

75. Al igual que sucede con la dimensión material de la inmunidad *ratione personae*, el alcance temporal de esta categoría de inmunidad tampoco es objeto de controversia. Por el contrario, se puede identificar un amplio consenso en torno a la afirmación de que la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* tan solo resulta aplicable durante el período de tiempo en que el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores se encuentran en el ejercicio de dicho mandato. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* nace con el nombramiento de la persona beneficiaria de la misma y se extingue con la terminación de su mandato<sup>56</sup>, o si se prefiere, la inmunidad *ratione personae*, por razón de su propia naturaleza, tiene un carácter inequívocamente temporal que se vincula a la permanencia en el ejercicio del cargo de la persona beneficiaria de la misma<sup>57</sup>.

76. Esta característica de la inmunidad *ratione personae* se ha reflejado de manera continuada en la práctica estatal, en la jurisprudencia internacional y en la jurisprudencia estatal. Sin embargo, no es menos cierto que —en ocasiones— se aprecia una cierta ambigüedad y/o confusión terminológica que puede tener consecuencias sobre la naturaleza jurídica de la categoría de inmunidad de la que se predica. Así, en ocasiones se ha señalado que tras la terminación del mandato de las personas beneficiarias de la inmunidad *ratione personae* subsiste una cierta «inmunidad residual»<sup>58</sup> respecto de los actos oficiales que hayan sido realizados por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores. Desde otra perspectiva, en ocasiones se afirma que la inmunidad *ratione personae* se extiende más allá del mandato de los beneficiarios en relación con los actos oficiales que los mismos hayan realizado estando en ejercicio de sus cargos. La finalidad perseguida por estas afirmaciones es evidente: preservar una suerte de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos oficiales más allá del período de

<sup>56</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, pág. 184, párr. 79, y el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párr. 90.

<sup>57</sup> Así lo ha señalado expresamente la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54. Véase también *ibíd.*, pág. 25, párr. 61. La misma dimensión temporal de la inmunidad *ratione personae* ha sido destacada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales: «La inmunidad personal finaliza cuando concluye la función o misión de su beneficiario» (art. III, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 73, pág. 229).

<sup>58</sup> En esta posición parece situarse la sentencia del Tribunal Penal Federal suizo, de 25 de julio de 2012 (nota 15 *supra*), al afirmar que una cierta inmunidad continúa tras el cese de funciones, y ello a pesar de que declara expresamente el carácter temporal de la inmunidad *ratione personae* (párrs. 5.3.1 y 5.3.2).

mandato de las personas antes mencionadas. Sin embargo, conviene aclarar y precisar cuál es la naturaleza de esta inmunidad aplicable a los citados actos oficiales, puesto que ello puede tener consecuencias, en su caso, sobre el régimen jurídico aplicable a dicha inmunidad.

77. A este respecto, conviene reiterar, en primer lugar, que la inmunidad *ratione personae* encuentra su justificación en la especial posición en que se encuentran las personas beneficiadas por la misma, a saber, su carácter de representantes máximos del Estado que, de modo automático y sin necesidad de acto expreso alguno representan al Estado en las relaciones internacionales, pudiendo comprometer de forma automática tanto la voluntad como la responsabilidad estatal. Ello explica, precisamente, el especial régimen jurídico que se atribuye a la inmunidad *ratione personae*, que permite que se aplique respecto de cualquier acto realizado por el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores sin que sea posible ni necesario, en términos abstractos, entrar a identificar la naturaleza de los actos que los mismos han realizado a fin de otorgarles inmunidad, o, si se prefiere, la naturaleza del acto realizado por el beneficiario de la inmunidad es irrelevante para permitir el juego de esta institución jurídica. Paralelamente, esta inmunidad tiene un evidente límite temporal, que viene determinado por el ejercicio del cargo, transcurrido el cual la naturaleza del acto vuelve a ser relevante, a saber: por un lado, los actos privados realizados por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores dejan de estar protegidos por la inmunidad; y, por otro, los actos oficiales podrán recibir una inmunidad, pero para ello será preciso identificarlos como tales actos oficiales<sup>59</sup>. Ello obliga a llevar a cabo una «calificación de los actos oficiales» para proceder a reconocer la inmunidad, lo que es un elemento ajeno a la propia naturaleza de la inmunidad *ratione personae* y que, por el contrario, es uno de los elementos característicos de la inmunidad *ratione materiae*.

78. Por consiguiente, en el caso de una eventual alegación de inmunidad respecto de los actos oficiales realizados por un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de

<sup>59</sup> En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha declarado en su resolución de 2001 que el jefe de Estado que ya no está en funciones «no goza de inmunidad de jurisdicción [...] en materia penal [...] excepto si es procesado por actos cometidos durante sus funciones y que eran parte de su ejercicio (art. 13, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 69, pág. 752).

gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores, nos encontramos ante un supuesto característico de inmunidad *ratione materiae* que le protege respecto de los actos que, en ejercicio de sus funciones, haya realizado un funcionario del Estado, con independencia de que dicho funcionario, en el momento en que los realizó, ostentara la máxima representación del Estado y con independencia igualmente de que el mismo ya no se encuentre en el ejercicio de sus antiguas funciones en el momento en que se pretende aplicar la inmunidad. No se trata, por tanto, de una prolongación de la inmunidad *ratione personae*, ni del mantenimiento residual de alguno de sus elementos, sino de la aplicación de las reglas generales propias de la inmunidad *ratione materiae*. Dado que se ha aceptado con carácter general la distinción entre ambas categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y que se acepta igualmente que ambas categorías están sometidas parcialmente a regímenes jurídicos diferenciados, conviene establecer claramente en este proyecto de artículos la distinción antes señalada también por referencia a los supuestos de la inmunidad de que se puedan beneficiar los antiguos jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores, en relación con los actos oficiales que hubiesen podido realizar durante el período en que desempeñaron tan relevantes cargos.

79. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone el siguiente proyecto de artículo, que toma en consideración las dos dimensiones a que se ha hecho referencia *supra*:

«Proyecto de artículo 6. Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*

1. La inmunidad *ratione personae* se aplica exclusivamente durante el período de duración del mandato del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores, y se extinguirá automáticamente en el momento de terminación de dicho mandato.

2. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de que un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores puedan beneficiarse, tras la terminación de sus respectivos mandatos, de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos oficiales realizados por dichas personas durante el período en que desempeñaron tales cargos.»

## CAPÍTULO VI

### Plan de trabajo futuro

80. Siguiendo el plan de trabajo propuesto en su informe preliminar, la Relatora Especial se propone dedicar su tercer informe al examen de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, centrándose en particular en dos aspectos especialmente complejos, a saber, el concepto de funcionario y el concepto de acto oficial. En dicho informe, que será presentado a la Comisión en su 66.º período de sesiones, en 2014, se incluirán igualmente

proyectos de artículos referidos a las cuestiones antes señaladas.

81. Con posterioridad, la Relatora Especial iniciará los primeros análisis relacionados con el tema de las excepciones a la inmunidad, con la intención de someter algunas consideraciones preliminares a la Comisión en su 66.º período de sesiones.

## ANEXO

## PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS

## PRIMERA PARTE

## INTRODUCCION

*Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 2, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio por un tercer Estado de su jurisdicción penal.

*Proyecto de artículo 2. Inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos:

a) las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, o en el marco o en conexión con una misión especial;

b) las inmunidades penales establecidas por acuerdos de sede o por tratados que regulen la representación diplomática ante organizaciones internacionales o que establezcan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios o agentes;

c) las inmunidades que puedan establecerse en virtud de otros tratados internacionales *ad hoc*;

d) cualesquiera otras inmunidades que puedan ser concedidas unilateralmente por un Estado a los funcionarios de un tercer Estado, en especial cuando los mismos se encuentren en su territorio.

*Proyecto de artículo 3. Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por «jurisdicción penal» el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de «jurisdicción penal» es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción;

b) se entiende por «inmunidad de jurisdicción penal extranjera» la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;

c) se entiende por «inmunidad *ratione personae*» la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante

estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;

d) se entiende por «inmunidad *ratione materiae*» la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como «actos oficiales».

## SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE**Proyecto de artículo 4. Alcance subjetivo de la inmunidad ratione personae*

El jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozan de inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado del que no sean nacionales.

*Proyecto de artículo 5. Alcance material de la inmunidad ratione personae*

1. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que se benefician el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores se extiende a todos los actos, privados u oficiales, realizados por dichas personas con anterioridad a su nombramiento o durante el ejercicio de su mandato.

2. El jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores no se beneficiarán de la inmunidad *ratione personae* en relación con los actos, privados u oficiales, que puedan realizar con posterioridad a la terminación de su mandato. Ello se entiende sin perjuicio de otras formas de inmunidad de que puedan beneficiarse dichas personas en relación con actos oficiales realizados por las mismas tras la terminación de su mandato, en virtud de una calidad distinta.

*Proyecto de artículo 6. Alcance temporal de la inmunidad ratione personae*

1. La inmunidad *ratione personae* se aplica exclusivamente durante el período de duración del mandato del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores, y se extinguirá automáticamente en el momento de terminación de dicho mandato.

2. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de que un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores puedan beneficiarse, tras la terminación de sus respectivos mandatos, de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos oficiales realizados por dichas personas durante el período en que desempeñaron tales cargos.

# LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/660

## Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial

[Original: inglés]  
[19 de marzo de 2013]

### ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....		58
Obras citadas en el presente informe .....		59
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN Y LABOR ANTERIOR DE LA COMISIÓN .....	1-3	61
<i>Capítulo</i>		
I. ALCANCE, OBJETIVO Y POSIBLE RESULTADO DE LA LABOR .....	4-7	61
II. REGLA GENERAL Y MEDIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS .....	8-28	62
A. Corte Internacional de Justicia .....	10	63
B. Órganos judiciales en el marco de regímenes internacionales de carácter económico .....	11-14	63
C. Tribunales de derechos humanos y Comité de Derechos Humanos .....	15-21	64
D. Otros órganos judiciales internacionales .....	22-27	65
E. Conclusión: proyecto de conclusión 1 .....	28	66
III. LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR COMO MEDIOS DE INTERPRETACIÓN .....	29-64	66
A. Reconocimiento por parte de órganos judiciales internacionales.....	31-41	67
B. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior entre los diferentes medios de interpretación.....	42-53	69
C. Interpretación contemporánea y evolutiva .....	54-63	71
D. Conclusión: proyecto de conclusión 2.....	64	73
IV. DEFINICIÓN DE ACUERDO ULTERIOR Y DE PRÁCTICA ULTERIOR COMO MEDIOS DE INTERPRETACIÓN DE UN TRATADO .....	65-118	74
A. Acuerdo ulterior.....	66-90	74
B. Práctica ulterior.....	91-117	78
C. Conclusión: proyecto de conclusión 3.....	118	82
V. ATRIBUCIÓN A UN ESTADO DE UNA PRÁCTICA RELACIONADA CON UN TRATADO.....	119-144	83
A. Alcance de la práctica estatal pertinente.....	120-124	83
B. Atribución a Estados de un comportamiento por agentes privados y factores sociales .....	125-134	84
C. Práctica de otros agentes como prueba de la práctica estatal .....	135-143	86
D. Conclusión: proyecto de conclusión 4.....	144	88
VI. FUTURO PROGRAMA DE TRABAJO .....	145	88



## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (Ginebra, 22 de agosto de 1864)	CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 19.
Acta General de la Conferencia Internacional de Algeciras (Algeciras, 7 de abril de 1906)	España, <i>Gaceta de Madrid</i> , año CCXLVI, n.º 2, 2 de enero de 1907, t. I, pág. 25.
Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919)	Sociedad de las Naciones, <i>Official Journal</i> , n.º 1, febrero de 1920, pág. 3.
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n.º 102, pág. 295.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra)	Ibíd.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada de 2006 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, <i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> C321, 29 de diciembre de 2006.
Convenio que establece la Asociación Europea de Libre Comercio (Estocolmo, 4 de enero de 1960)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 370, n.º 5266, pág. 3.
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, n.º 8359, pág. 159.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 123.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (Londres, Moscú y Washington D.C., 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, n.º 14860, pág. 163.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 3.
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.

## Fuente

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	<i>Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos</i> , México, M. A. Porrúa, SECOFI, 1993.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (París, 13 de enero de 1993)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1975, n.º 33757, pág. 3.
Convenio para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur (Canberra, 10 de mayo de 1993)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1819, n.º 31155, pág. 359.
Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, n.º 31874, pág. 3.
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)	Ibíd., vol. 2056, n.º 35597, pág. 211.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008)	Ibíd., vol. 2688, n.º 47713, pág. 39.

## Obras citadas en el presente informe

- ABI-SAAB, Georges  
«The Appellate Body and Treaty Interpretation», en Malgosia Fitzmaurice y otros (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 99 a 109.
- ALDRICH, George  
*The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- AUST, Anthony  
«The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n.º 4 (octubre de 1986), págs. 787 a 812.  
*Modern Treaty Law and Practice*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BARRIGA, Stefan y Leena GROOVER  
«A historic breakthrough on the crime of aggression», *AJIL*, vol. 105, n.º 3, págs. 517 a 533.
- BENVENISTI, Eyal y George W. DOWNS  
«The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law», *Stanford Law Review*, vol. 60 (noviembre de 2007), págs. 595 a 631.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz  
«Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal», en Kay Hailbronner y otros (ed.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, Berlín, Springer, 1989, págs. 119 a 131.
- BOWEN, Harry A.  
«The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945)», *George Washington Law Review*, vol. 13 (1944-1945), págs. 308 a 327.
- BOYLE, Alan y Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRAUCH, Jeffrey A.  
«The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», *Columbia Journal of International Law*, vol. 11, n.º 1 (primer semestre de 2005), págs. 113 a 150.
- BROWER, Charles H.  
«Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105», *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, n.º 2 (2006), págs. 347 a 363.
- BROWER, Charles y Jason BRUESCHKE  
*The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998.
- CUMMINS, Sally J. (ed.)  
*Digest of United States Practice in International Law 2006*, Washington D.C., Oxford University Press e Instituto de Derecho Internacional, 2007.
- DISTEFANO, Giovanni  
«La pratique subséquente des États parties à un traité», *AFDI*, vol. 40 (1994), págs. 41 a 71.
- ELIAS, T. O.  
«The Doctrine of Intertemporal Law» (1980), *AJIL*, vol. 74 (1980), págs. 285 a 307.
- FAUCHALD, Ole Kristian  
«The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 2 (2008), págs. 301 a 364.
- FITZMAURICE, Gerald  
«The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points», *BYBIL* 1957, págs. 203 a 293.
- FITZMAURICE, Malgosia  
«Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), págs. 101 a 153.
- FITZMAURICE, Malgosia y Panos MERKOURIS  
«Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», en Malgosia Fitzmaurice y otros (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 153 a 237.
- FOX, Hazel  
«Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», en Malgosia Fitzmaurice y otros (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 59 a 74.

- GARDINER, Richard K.  
*Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GASSER, Hans-Peter  
 «International Committee of the Red Cross (ICRC)», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.
- GAUTIER, Philippe  
 «Article 2», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 33 a 56.
- GREIG, D. W.  
*Intertemporal and the law of treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001.
- HAVEL, Brian F.  
*Beyond Open Skies. A New Regime for International Aviation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn  
 «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 173 a 181.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL  
 «Le problème intertemporel en droit international public», *Annuaire*, sesión de Wiesbaden 1975, vol. 56, Basilea, Karger, 1975, págs. 536 a 540.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)  
*Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- KAMTO, Maurice  
 «La volonté de l'État en droit international», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2004, t. 310, Leiden, Nijhoff, 2004, págs. 9 a 428.
- KLABBERS, Jan  
*The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer, 1996.
- KOLB, Robert  
*Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruselas, Bruylant, 2006.
- KOTZUR, Markus  
 «Intertemporal Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.
- KUIJPER, P. J.  
 «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *Legal Issues of European Integration*, vol. 25, n.º 1, págs. 1 a 23.
- LETSAS, George  
 «Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3 (2010), págs. 509 a 541.
- LINDERFALK, Ulf  
*On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007.
- «Doing the Right thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties», *International Community Law Review*, vol. 10, n.º 2 (2008), págs. 109 a 141.
- LIXINSKI, Lucas  
 «Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3 (2010), págs. 585 a 604.
- McRAE, Donald  
 «Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body», en Stephan Breitenmoser y otros (eds.), *Droits de l'homme, démocratie et État de droit*, Zurich, Dike, 2007, págs. 1407 a 1422.
- NOLTE, Georg (ed.)  
*Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ROBERTS, Anthea  
 «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *AJIL*, vol. 104, n.º 2 (abril de 2010), págs. 179 a 225.
- ROSENNE, Shabtai  
 «Treaties, conclusion and entry into force», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North Holland, 2000, págs. 464 a 467.
- SANDS, Philippe  
 «Article 39», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 1523 a 1544.
- SCHREUER, Christoph  
 «Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration», en Malgosia Fitzmaurice y otros (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 129 a 151.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed. rev. y ampl., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SOREL, Jean-Marc y Valérie BORÉ EVENO  
 «Article 31», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités. Commentaire article par article*, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 1289 a 1334.
- TORRES BERNÁRDEZ, Santiago  
 «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties», en Gerhard Hafner y otros (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, págs. 721 a 748.
- VAN DAMME, Isabelle  
*Treaty Interpretation by the OMC Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VERDROSS Alfred y Bruno SIMMA  
*Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1984.
- VILLIGER, Mark E.  
*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- WEERAMANTRY, Romesh J.  
*Treaty interpretation in investment arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- WOLFRAM, Karl  
*Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1983.
- YASSEEN, Mustafa Kamil  
 «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, t. 151, Leiden, Sijthoff, 1978, págs. 3 a 114.

## Introducción y labor anterior de la Comisión\*

1. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional decidió modificar la estructura de la labor sobre el tema «Los tratados en el tiempo» y nombrar a Georg Nolte como Relator Especial<sup>1</sup> para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»<sup>2</sup>. El presente informe parte de la labor anterior de la Comisión sobre «Los tratados en el tiempo» y la continúa.

2. El tema «Los tratados en el tiempo» fue incluido en el programa de trabajo de la Comisión en su 60.º período de sesiones (2008)<sup>3</sup>. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte<sup>4</sup>. En el 62.º período de sesiones (2010), el Grupo de Estudio emprendió su labor sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, tomando como base un informe introductorio elaborado por su Presidente acerca de la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales arbitrales de jurisdicción especial<sup>5</sup>. En el 63.º período de sesio-

nes (2011), el Grupo de Estudio comenzó el examen del segundo informe del Presidente sobre la jurisprudencia establecida en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, centrándose en 11 de las 20 conclusiones generales que en él se proponían<sup>6</sup>. Basándose en las discusiones mantenidas en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de su proyecto de conclusiones hasta transformarlo en nueve conclusiones preliminares<sup>7</sup>.

3. En el 64.º período de sesiones (2012), el Grupo de Estudio finalizó su análisis del segundo informe de su Presidente<sup>8</sup>. Al hacerlo, el Grupo de Estudio examinó seis conclusiones generales adicionales propuestas en el segundo informe. Teniendo en cuenta los debates celebrados en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de lo que se convirtieron en seis conclusiones preliminares adicionales<sup>9</sup>. El Grupo de Estudio convino en que las conclusiones preliminares de su Presidente volvieran a ser examinadas y ampliadas a la luz de futuros informes del recién nombrado Relator Especial<sup>10</sup>. Además de analizar el resto del segundo informe, el Grupo de Estudio examinó también partes del tercer informe, relativo a los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por los Estados al margen de los procedimientos judiciales y cuasijudiciales, que había preparado su Presidente<sup>11</sup>.

\* El Relator Especial reconoce con gratitud la asistencia para la investigación en la preparación del presente informe prestada por Katharina Berner, Stefan Raffaeiner y Alejandro Rodiles Bretón y la asistencia técnica de Prisca Feihle y Moritz von Rochow (todos ellos, de la Universidad Humboldt de Berlín).

<sup>1</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3136.ª sesión.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 269.

<sup>3</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 353. Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibíd.*, pág. 171, anexo I. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, tomó nota de la decisión.

<sup>4</sup> *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

<sup>5</sup> *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 344 a 354. Los informes introductorio, segundo y tercero, que originalmente eran documentos de trabajo oficiosos, figuran en Nolte, *Treaties and Subsequent Practice*.

<sup>6</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 336 a 341.

<sup>7</sup> Para el texto de las nueve conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio véase *ibíd.*, párr. 344.

<sup>8</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 225 a 239.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 240.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, párr. 231.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, párrs. 232 a 234.

## CAPÍTULO I

### Alcance, objetivo y posible resultado de la labor

4. El objetivo original de la Comisión para realizar labores sobre el tema «Los tratados en el tiempo» dentro del formato de un Grupo de Estudio había sido conceder a los miembros la oportunidad de examinar si el tema se debería enfocar en sentido amplio (lo que también habría incluido, entre otras cosas, un tratamiento exhaustivo de la terminación y la enmienda oficial de los tratados) o si debería limitarse más estrechamente, centrándolo en el aspecto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Los debates mantenidos en el Grupo de Estudio han llevado a convenir, de acuerdo con la opinión originalmente expresada por el Presidente, en que convendría más limitar el tema al aspecto más restringido de los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Finalmente, el Grupo de Estudio convino en que la labor futura girase en torno a los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a efectos de la interpretación (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), art. 31) y aspectos conexos<sup>12</sup>, como se explica en la pro-

puesta original del tema<sup>13</sup>. De acuerdo con la propuesta original, esos medios de interpretación son importantes debido a la función que desempeñan con respecto a la interpretación de los tratados en el tiempo:

A medida que los tratados importantes van teniendo más años, en particular los tratados normativos del período posterior a 1945, se aplican en un contexto cada vez más distinto de aquel en que fueron concebidos. Por este motivo aumenta la probabilidad de que algunas de sus disposiciones sean objeto de nuevas interpretaciones e incluso posiblemente de modificaciones oficiosas. Eso puede afectar tanto a las normas técnicas como a las normas sustantivas más generales. Al evolucionar su contexto, los tratados corren peligro de quedar «congelados» en un estado en que son menos capaces de cumplir su objeto y fin o bien de perder su fundamento en el acuerdo de las partes. Las partes en un tratado normalmente desean preservar su acuerdo, aunque de manera que se ajuste a las exigencias del momento presente. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior tienen por objeto hallar un criterio flexible de aplicación e interpretación de los tratados, que sea al mismo tiempo racional y previsible<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 172, párrs. 11 y ss.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, pág. 173, párr. 14.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, párr. 238.

5. En el presente informe, de acuerdo con los debates mantenidos en el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo en el 64.º período de sesiones de la Comisión, en 2012, se sintetizan elementos de los tres informes del Grupo de Estudio<sup>15</sup> y se toman en consideración los debates celebrados dentro de ese Grupo. En el informe figuran las propuestas de cuatro proyectos de conclusiones, explicadas por comentarios, que abarcan algunos aspectos básicos del tema. Debido a determinadas limitaciones, sobre todo limitaciones de espacio, no ha sido posible sintetizar la totalidad de los tres informes del Grupo de Estudio en el presente informe. No obstante, el Relator Especial confía en que será posible sintetizar el resto de esos informes en otro informe, que abarcará otros aspectos más concretos del tema. Prevé que la labor sobre el tema se finalice, como se había previsto, dentro del quinquenio en curso (véase el programa de trabajo en el capítulo VI *infra*).

6. El objetivo del examen del presente tema es analizar la función que desempeñan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados y así impartir cierta orientación a quienes interpretan o aplican tratados. Ese grupo incluye a magistrados (en los planos internacional y nacional), funcionarios de Estados y organizaciones internacionales, universitarios y otros agentes privados. Los materiales y los análisis que figuran en el presente informe y en los futuros, así como las conclusiones de la Comisión, deberían proporcionar una referencia común y contribuir así, en la medida de lo posible y de lo razonable, a un criterio común y uniforme sobre la interpretación y aplicación de los tratados concretos. El presente informe se basa fundamentalmente en la jurisprudencia de un grupo, esperamos que representativo, de tribunales internacionales y otros órganos judiciales<sup>16</sup> y en

<sup>15</sup> Véanse las notas 5, 6 y 11 *supra*.

<sup>16</sup> El término «jurisprudencia» se utiliza en el sentido de determinaciones jurídicas en causas particulares efectuadas por órganos judiciales competentes integrados por miembros independientes. Esas determinaciones jurídicas no se limitan a fallos vinculantes de tribunales internacionales, sino que incluyen también los «dictámenes» del Comité de Derechos Humanos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación Permanente en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. El informe abarca únicamente pronunciamientos de órganos judiciales que se concentran en determinaciones sobre

ejemplos documentados de la práctica de los Estados. El conjunto de todo ello constituye un elemento, necesariamente incompleto, de un repertorio de la práctica. Como se formula en la propuesta original del tema de los tratados en el tiempo:

[El objetivo] del examen del tema debería ser la extracción de algunas conclusiones o directrices generales a partir del repertorio de la práctica. Dichas conclusiones o directrices no deberían dar lugar a un proyecto de convención, por el simple hecho de que las directrices de interpretación raramente se codifican, incluso en los ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, tales conclusiones o directrices generales podrían ofrecer a quienes interpretan y aplican los tratados orientación con respecto a las posibilidades y los límites de un medio de interpretación cada vez más importante que es específico del derecho internacional. Esas conclusiones o directrices nunca serían una camisa de fuerza para los encargados de la interpretación, ni tampoco los dejarían en el vacío. Constituirían un punto de referencia para todos los que interpretan y aplican los tratados, contribuyendo así a un entendimiento común de base, minimizando posibles conflictos y mejorando la eficacia del proceso interpretativo<sup>17</sup>.

7. La delimitación del presente tema con respecto a otros temas está bastante clara. Un tema que podría suscitar dudas al respecto es «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario». A ese respecto, el Relator Especial coincide con la opinión del Sr. Michael Wood, Relator Especial sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario en que, mientras que los efectos de los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario están incluidos en ese tema, la función que cumple el derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados es parte del presente tema. No hace falta decir que el tema no se refiere a la determinación del contenido de normas convencionales concretas, sino que más bien se centra en dilucidar la función y los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Otro tema que podría tener puntos de contacto es «Aplicación provisional de tratados». Sin embargo, el foco de atención de ese tema no parece ser el efecto de la aplicación provisional sobre la interpretación de un tratado<sup>18</sup>.

cuestiones de derecho (no de hecho), que son suficientemente accesibles y que ya han generado una cantidad importante de decisiones.

<sup>17</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 175, párr. 22.

<sup>18</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 144 a 155.

## CAPÍTULO II

### Regla general y medios de interpretación de los tratados

8. Los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a efectos de la interpretación de los tratados depende, en primer lugar, de la regla general sobre la interpretación de los tratados. Esa regla general, compuesta por distintas subnormas o elementos, está codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que esa regla general sobre la interpretación de los tratados refleja el derecho internacional consuetudinario<sup>19</sup>. Junto con el artículo 32,

en el artículo 31 de la Convención se enumeran varios «medios de interpretación» pertinentes<sup>20</sup> (entre ellos «el acuerdo ulterior» y la «práctica ulteriormente seguida» como «medio auténtico de interpretación»<sup>21</sup>) que habrán de tenerse en cuenta en el proceso de interpretación.

*la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, págs. 109 y 110, párr. 160 (véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 195).

<sup>20</sup> Véase también *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 239 a 245, párrs. 2, 5, 8, 10, 15, 18 y 19 del comentario a la sección 3: Interpretación de los tratados.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 243, párr. 15; véanse también los párrafos 30 y 64 *infra* (proyecto de conclusiones 2).

<sup>19</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, *C.I.J. Recueil 2009*, pág. 237, párr. 47 (véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 98); *Application de*

9. Está generalmente reconocido que el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 no se debe tomar en el sentido de «establecer un orden jerárquico» de los distintos medios de interpretación que en él figuran, sino que estos se han de aplicar en «una sola operación combinada»<sup>22</sup>. De ese modo, la aplicación de la regla general sobre la interpretación de los tratados a distintos tratados, o disposiciones de un tratado, en cada caso concreto puede hacer que se dé distinta importancia a los diversos medios de interpretación que en ella figuran, en particular que se dé mayor o menor importancia al texto del tratado o a su objeto y fin. Así lo confirma la jurisprudencia de diversos órganos judiciales internacionales representativos.

#### A. Corte Internacional de Justicia

10. Después de un período inicial de vacilaciones<sup>23</sup>, la Corte Internacional de Justicia comenzó a remitirse a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 en los años noventa<sup>24</sup>. Desde entonces, la Corte fundamenta sistemáticamente su interpretación de los tratados en la regla general y los demás medios de interpretación con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena<sup>25</sup>. Generalmente, la Corte reafirma también que son de naturaleza consuetudinaria, lo que le permite aplicar las reglas que figuran en ellos cuando una o más partes en la controversia no son partes en la Convención de Viena y en relación con los tratados celebrados antes de que entrase en vigor en 1980<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 241, párr. 8.

<sup>23</sup> Con respecto a los diferentes períodos en la recepción de las reglas de Viena por parte de la Corte Internacional de Justicia, véase Torres Bernárdez, «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties»; véase también Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 12 y ss.

<sup>24</sup> *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, fallo, *C.I.J. Recueil 1991*, págs. 69 y 70, párr. 48 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 279); *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador/Honduras; Nicaragua (interviniente)), fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, págs. 582 y 583, párr. 373, y págs. 584 y 585, párr. 376 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 20).

<sup>25</sup> Puede consultarse un caso reciente en *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), fallo, *C.I.J. Recueil 2011*, pág. 673, párr. 91.

<sup>26</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, *C.I.J. Recueil 2009*; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), fallo, *C.I.J. Recueil 2007*; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 174, párr. 94 (véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 54); *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 48, párr. 83 (véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 40); *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 645, párr. 37 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 274); *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, págs. 501 y 502, párr. 99 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200); *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentina c. Uruguay), fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 46, párr. 65 (Convención de Viena, art. 31) (véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 113); *Ile de Kasikili/Sedudu* (Botswana c. Namibia), fallo, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 1059, párr. 18 (Convención de Viena, art. 31) (véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 137); *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia /Chad), *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 21, párr. 41 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 72); no se menciona expresamente el artículo 32, pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios.

#### B. Órganos judiciales en el marco de regímenes internacionales de carácter económico

11. El Órgano de Apelación de la OMC fundamenta su práctica de interpretación de los tratados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969<sup>27</sup>. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación habitualmente se concentran en el texto del acuerdo respectivo<sup>28</sup>. Hasta la fecha, el Órgano de Apelación no ha concedido una especial importancia al objeto y fin como medio de interpretación<sup>29</sup>. Solo ha recurrido en algunas ocasiones a una interpretación evolutiva<sup>30</sup> o ha aplicado el principio de efectividad para evitar «una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado»<sup>31</sup>.

12. El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán también ha reconocido las reglas de interpretación enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969<sup>32</sup>. En su jurisprudencia, ha recurrido fundamentalmente al sentido corriente de los términos en cuestión y a su objeto y fin<sup>33</sup>. El Tribunal está siguiendo así un criterio interpretativo bastante equilibrado que no concede importancia especial a ningún medio de interpretación en concreto<sup>34</sup>.

13. Los tribunales establecidos por el CIADI en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados también han reconocido que deben aplicar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 como derecho de los tratados o como derecho consuetudinario<sup>35</sup>. Invocan sistemáticamente la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional y tribunales de arbitraje, con lo que enmarcan su razonamiento en el contexto del derecho internacional general<sup>36</sup>. Aunque en su jurisprudencia distan mucho de seguir un criterio uniforme, los tribunales del CIADI hasta la fecha no han prestado una importancia destacada al objeto y fin como medio de interpretación ni a las presuntas intenciones de las partes cuando celebraron el Convenio<sup>37</sup>.

<sup>27</sup> Abi-Saab, «The Appellate Body and Treaty Interpretation».

<sup>28</sup> OMC, *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* [Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias], Informe del Órgano de Apelación, 21 de julio de 2000, WT/DS46/AB/RW, párr. 45.

<sup>29</sup> McRae, «Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body».

<sup>30</sup> OMC, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación, 12 de octubre de 1998, WT/DS58/AB/R, párr. 130.

<sup>31</sup> OMC, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, informe del Órgano de Apelación, 4 de octubre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pág. 15, secc. D.

<sup>32</sup> Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 361 y 362, donde se cita la decisión n.º DEC 12-A1-FT (1982), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 1, pág. 189, párrs. 190 a 192.

<sup>33</sup> *Ibid.*, págs. 362 a 365.

<sup>34</sup> Böckstiegel, «Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal»; Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 360 y ss.; Brower y Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*.

<sup>35</sup> Schreuer, «Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration»; Fauchald, «The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis», pág. 314; Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*.

<sup>36</sup> Fauchald, «The Legal Reasoning...», págs. 311, 313 y 341.

<sup>37</sup> *Ibid.*, págs. 315 a 319.

14. Se puede decir que el criterio general de interpretación seguido por los paneles establecidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) procede de las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y concede especial importancia a la liberalización de comercio como objeto y fin principales del Tratado<sup>38</sup>.

### C. Tribunales de derechos humanos y Comité de Derechos Humanos

15. En una de sus primeras causas, *Golder c. Royaume-Uni*<sup>39</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha considerado que «debería guiarse por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena»<sup>40</sup> de 1969 y ha reiterado la explicación dada por la Comisión para el proceso de interpretación en virtud de la Convención:

Del modo en que se presenta en la «regla general» del artículo 31 de la Convención de Viena, el proceso de interpretación de un tratado es una unidad, una sola operación combinada; esa regla, estrechamente integrada, coloca en el mismo plano a los distintos elementos enumerados en los cuatro párrafos del artículo<sup>41</sup>.

16. Desde entonces, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado sistemáticamente su adhesión, en principio, a los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 como fundamento para interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>42</sup>. Sin embargo, distingue entre el Convenio Europeo y los «tratados internacionales de tipo clásico»<sup>43</sup>. Según el Tribunal

el Convenio comprende más que la mera reciprocidad entre Estados contratantes. Crea, por encima de una red de compromisos mutuos y bilaterales, obligaciones objetivas que, en las palabras del preámbulo, se benefician de una «garantía colectiva»<sup>44</sup>.

17. La interpretación del Convenio tendría así que tomar en consideración la «eficacia del Convenio en tanto instrumento constitucional del orden público europeo»<sup>45</sup>. El reconocimiento de esas características del Convenio ha contribuido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconociese que «el Convenio es un instrumento vivo [...] cuya interpretación tiene que adecuarse

a las condiciones de vida actuales»<sup>46</sup>. Ese criterio del «instrumento vivo» no es, sin embargo, una excepción del método general de interpretación basado en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969. De hecho, el Tribunal ha reiterado sistemáticamente que «el Convenio ha de interpretarse teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados» y que «debe determinar la responsabilidad de los Estados de acuerdo con los principios del derecho internacional que regulan esa esfera, al tiempo que toma en consideración la naturaleza especial del Convenio como instrumento de protección de los derechos humanos»<sup>47</sup>.

18. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que, de acuerdo con la Convención de Viena de 1969 «el proceso de interpretación es uno»<sup>48</sup>.

19. Aunque habitualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza su razonamiento examinando el texto<sup>49</sup>, en general no se ha apoyado en un criterio fundamentalmente textual, sino que más bien ha recurrido a otros medios de interpretación<sup>50</sup>. La renuencia de la Corte a conceder una función más importante al sentido corriente de una disposición es en última instancia la consecuencia de la importancia que concede al objeto y fin<sup>51</sup>. Así, la Corte destacó que «el “sentido corriente” de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado»<sup>52</sup>.

20. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el «objeto y fin» parece desempeñar la función más importante entre los distintos medios de interpretación. Un rasgo característico del criterio de esa Corte basado en el objeto y fin es la importancia que concede

<sup>46</sup> *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n.º 26, párr. 31; *Al-Saadoon* (véase la nota 42 *supra*), párr. 119, donde se cita *Öcalan c. Turquie* [Gran Sala], *Recueil des arrêts et décisions 2005-IV*, párr. 163; *Selmouni c. France* [Gran Sala], *ibíd.*, 1999-V, párr. 101.

<sup>47</sup> *Mamatkulov et Askarov*, párr. 111; véanse también los casos *Al-Saadoon et Mufdhi*, párr. 119; *Al-Adsani*, párr. 55, y *Loizidou*, párr. 43 (para estos casos véase la nota 42 *supra*); y *Bayatyan c. Arménie* [Gran Sala], demanda n.º 23459/03, *Recueil des arrêts et décisions 2011*, párrs. 98 a 108.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 25 de enero de 1996 (excepciones preliminares), Serie C n.º 23, párr. 40.

<sup>49</sup> *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82, Serie A n.º 2 (24 de septiembre de 1982), párr. 19; *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-7/86, Serie A n.º 7 (29 de agosto de 1986).

<sup>50</sup> *El efecto de las reservas* (véase la nota 49 *supra*), párr. 19; *González y otras («Campo Algodonero») vs. México* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia), Serie C n.º 205 (16 de noviembre de 2009), párr. 29.

<sup>51</sup> Lixinski, «Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law», págs. 587 y 588.

<sup>52</sup> *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84, Serie A n.º 4 (19 de enero de 1984), párr. 23; *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-20/09, Serie A n.º 20 (29 de septiembre de 2009), párr. 26.

<sup>38</sup> TLCAN, Panel arbitral establecido con arreglo al artículo 2008, *Tarifas aplicadas por el Canadá a ciertos productos agrícolas de origen estadounidense*, CDA-95-2008-01, 2 de diciembre de 1996, párrs. 118 y 119; para los paneles en el marco del capítulo 11, véase también *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (laudo sobre competencia), reglamento de arbitraje de la CNUDMI en el marco del TLCAN, 28 de enero de 2008, párrs. 45 a 48 y 122.

<sup>39</sup> Série A, n.º 18.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, párr. 29.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, párr. 30; la redacción de la Comisión puede consultarse en *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 241, párr. 8.

<sup>42</sup> *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [Gran Sala], *Recueil des arrêts et décisions 2005-I*, párrs. 111 y 123; *Banković et autres c. Belgique et autres* [Gran Sala], *ibíd.*, 2001-XII, párrs. 55 a 58; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [Gran Sala], *ibíd.*, 2001-XI, párr. 55; *Loizidou c. Turquie* (excepciones preliminares), Série A, n.º 310, párr. 73; *Cruz Varas et autres c. Suède*, Série A, n.º 201, párr. 100; *Johnston et autres c. Irlande* (1985), Série A, n.º 112, párr. 51; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions 2010*, párr. 126; *Rantsev c. Chypre et Russie*, *ibíd.*, párrs. 273 y 274; *Demir et Baykara c. Turquie* [Gran Sala], *ibíd.*, 2008, párr. 65.

<sup>43</sup> *Irlande c. Royaume-Uni*, Serie A, n.º 25, párr. 239; *Al-Saadoon* (véase la nota 42 *supra*), párr. 127; *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, n.º 161, párr. 87.

<sup>44</sup> *Irlande* (véase la nota 43 *supra*), párr. 239.

<sup>45</sup> *Loizidou* (véase la nota 42 *supra*), párr. 75.

al objetivo primordial de la Convención en su conjunto de proteger efectivamente los derechos humanos. Según la Corte, «al interpretarla [la Convención Americana sobre Derechos Humanos] la Corte deberá hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*)»<sup>53</sup>.

21. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido las reglas de interpretación que figuran en la Convención de Viena de 1969<sup>54</sup>, pero las aplica sobre todo tácitamente. En su jurisprudencia, el «objeto y fin» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han desempeñado la función más importante entre los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena<sup>55</sup>. Un aspecto importante del criterio interpretativo del Comité de Derechos Humanos es su interpretación evolutiva de los derechos del Pacto. Por ejemplo, en la causa *Yoon c. República de Corea*, el Comité destacó que cualquiera de los derechos que figuraban en el Pacto evolucionaban con el tiempo<sup>56</sup> y con ese razonamiento justificó apartarse en cierto modo de su propia jurisprudencia anterior<sup>57</sup>. Sin embargo, en las causas *Atasoy c. Turquía* y *Sarkut c. Turquía*, el Comité ha puesto de relieve que la interpretación evolutiva «no puede ir más allá de la letra y del espíritu del tratado o de lo que los Estados partes se proponían inicial y explícitamente»<sup>58</sup>.

#### D. Otros órganos judiciales internacionales

22. Otros órganos judiciales internacionales han reconocido también que la Convención de Viena de 1969 articula las reglas básicas de interpretación de los tratados.

23. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos ha resumido la importancia que tiene la Convención de Viena de 1969 para el TIDM en su opinión consultiva *Responsabilidad et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*:

Entre las reglas del derecho internacional que la Sala está obligada a aplicar, las relativas a la interpretación de los tratados desempeñan una función especialmente importante. Las reglas aplicables se enuncian en la Parte III, Sección 3, titulada «Interpretación de los tratados» e incluyen los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 [...]. Esas reglas se han de considerar un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Aunque el Tribunal nunca ha afirmado explícitamente esa opinión, lo ha hecho implícitamente al tomar prestada la terminología y los criterios de los artículos de la

<sup>53</sup> *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, Serie A n.º 16 (1 de octubre de 1999), párr. 58.

<sup>54</sup> *J. B. y otros c. Canadá* (18 de julio de 1986), comunicación n.º 118/1982, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/41/40)*, párr. 6.3.

<sup>55</sup> *Setelich c. Uruguay* (28 de octubre de 1981), comunicación n.º 63/1979, *ibíd.*, *trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/37/40)*, anexo VIII, párrs. 11, 14 y 18.

<sup>56</sup> *Yoon c. República de Corea* (3 de noviembre de 2006), comunicaciones n.ºs 1321/2004 y 1322/2004, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/62/40)*, vol. II, párr. 8.2.

<sup>57</sup> *L. T. K. c. Finlandia* (9 de julio de 1985), comunicación n.º 185/1984, *ibíd.*, *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/40/40)*, anexo XXI, párr. 5.2.

<sup>58</sup> *Atasoy c. Turquía* y *Sarkut c. Turquía* (29 de marzo de 2012), comunicaciones n.ºs 1853/2008 y 1854/2008, *ibíd.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/67/40)*, vol. II, párr. 7.13.

Convención de Viena que se refieren a la interpretación (véase el fallo del Tribunal de 23 de diciembre de 2002 en la causa «*Volga*»)»<sup>59</sup>.

24. Ocasionalmente, el TIDM se ha mostrado dispuesto a emplear un criterio dinámico y evolutivo con respecto a la interpretación. Así, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos ha dicho que determinadas «obligaciones de lograr el cumplimiento»<sup>60</sup> eran obligaciones de «diligencia debida»<sup>61</sup> que eran «conceptos variables» y que «podían cambiar con el tiempo ya que las medidas consideradas suficientemente diligentes en un determinado momento pueden convertirse en no suficientemente diligentes atendiendo, por ejemplo, a nuevos conocimientos científicos o tecnológicos»<sup>62</sup>. Así, cuando resulte apropiado, el Tribunal parece estar dispuesto a interpretar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de un modo evolutivo y dinámico sobre la base de la Convención de Viena de 1969, probablemente por ser un rasgo del objeto y fin de la disposición.

25. La Corte Penal Internacional ha declarado en repetidas ocasiones que, al interpretar su Estatuto y otros tratados aplicables, sigue las reglas de la Convención de Viena de 1969<sup>63</sup>. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha afirmado también en varias ocasiones que las reglas de la Convención de Viena son aplicables a la interpretación de los tratados<sup>64</sup>.

26. El Tribunal de Justicia Europeo considera que las reglas de los tratados fundacionales («derecho primario de la Unión») constituyen un «ordenamiento jurídico autónomo» y en consecuencia no se remite a la Convención de Viena de 1969 cuando interpreta esos tratados. En cambio, cuando interpreta acuerdos celebrados entre la UE y terceros Estados, se considera obligado por las reglas del derecho internacional consuetudinario reflejadas en las reglas de interpretación de la Convención de Viena<sup>65</sup>. En el asunto *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*<sup>66</sup> el Tribunal observó que

<sup>59</sup> TIDM, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, *TIDM Recueil 2011*, pág. 28, párr. 57; véase también *ibíd.*, párr. 58.

<sup>60</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 153, párr. 4 y art. 4, párr. 4 del anexo III.

<sup>61</sup> *TIDM Recueil 2011*, pág. 41, párr. 110.

<sup>62</sup> *ibíd.*, pág. 43, párr. 117; véase también pág. 66, párr. 211.

<sup>63</sup> *Thomas Lubanga Dyilo* (decisión relativa al sistema definitivo de divulgación y al establecimiento de un calendario), Sala de Cuestiones Preliminares (15 de mayo de 2006), anexo I, párr. 1; *Situación en la República Democrática del Congo* (sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar), Sala de Apelaciones (13 de julio de 2006), párrs. 6 y 33; *Thomas Lubanga Dyilo* (decisión relativa a la preparación de los testigos antes de que declaren ante la Corte), Sala de Cuestiones Preliminares (8 de noviembre de 2006), párr. 8.

<sup>64</sup> Véanse los casos *Goran Jelisić* (fallo), ICTY-95-10 (14 de diciembre de 1999), párr. 61; *Mucic et consorts «Camp de Čelebići»* (fallo), ICTY-96-21 (20 de febrero de 2001), párrs. 67 y ss.; *Radislav Krstić* (fallo), ICTY-98-33 (2 de agosto de 2001), párr. 541; *Milomir Stakić* (fallo), ICTY-97-24 (31 de julio de 2003), párr. 501; *Stanislav Galić* (fallo), ICTY-98-29 (5 de diciembre de 2003), párr. 91.

<sup>65</sup> Véase Kuijper, «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969»; Tribunal de Justicia Europeo, asunto C-344/04, *The Queen, a instancia de: International Air Transport Association y European Low Fares Airline Association c. Department for Transport* (decisión prejudicial) (2006), *Recopilación de Jurisprudencia 2006*, párr. 40.

<sup>66</sup> Asunto C-386/08, *Recopilación de Jurisprudencia 2010*, pág. I-01289.



aunque no vincule a la Comunidad ni a todos los Estados miembros, una serie de disposiciones de la Convención de Viena refleja las normas de derecho consuetudinario internacional, que como tales, vinculan a las instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario<sup>67</sup>,

y concluyó que

las reglas contenidas en la Convención de Viena se aplican a un acuerdo celebrado entre un Estado y una organización internacional, como el Acuerdo de Asociación CE-Israel, en la medida en que dichas reglas son la expresión del derecho consuetudinario internacional general<sup>68</sup>.

27. Citando el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, el Tribunal de Justicia Europeo señaló que los tratados deben ser interpretados no solo de acuerdo con su significado textual, sino también teniendo en cuenta su objeto y fin. Por ejemplo, en el dictamen sobre el proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo<sup>69</sup>, el Tribunal destacó que

[e]l hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica<sup>70</sup>.

y determinó que el significado de disposiciones cuyo tenor era idéntico en el Acuerdo de la Asociación Europea de Libre Comercio y el Tratado de la Comunidad Económica Europea difería<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, párr. 42.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, párr. 41; véase también el asunto C-6/60, *Jean-E. Humblet c. Estado belga* (1960), *Recopilación de Jurisprudencia 1960*, pág. 409.

<sup>69</sup> Dictamen 1/91 (1991), *Recopilación de Jurisprudencia 1991*, pág. I-6079.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, párr. 14.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, párr. 35.

## E. Conclusión: proyecto de conclusión 1

28. Tomadas en conjunto, esas fuentes parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión<sup>72</sup>:

«Proyecto de conclusión 1

*Regla general y medios de interpretación de los tratados*

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como obligación convencional y como reflejo del derecho internacional consuetudinario, enuncia la regla general sobre la interpretación de los tratados.

La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión.»

<sup>72</sup> Véanse *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344, conclusiones preliminares 1 a 3 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, especialmente las conclusiones preliminares 1 y 2, primer párrafo:

«1) *Norma general sobre la interpretación de los tratados*

Los diferentes órganos judiciales examinados han reconocido que la norma general sobre la interpretación de los tratados que aplican es la contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ya sea en cuanto a disposición sobre tratados aplicables o como reflejo del derecho internacional consuetudinario.

2) *Enfoques respecto de la interpretación*

Independientemente de su reconocimiento de la regla general establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 como base para la interpretación de los tratados, diferentes órganos judiciales han insistido en mayor o menor medida, en diferentes contextos, en distintos medios de interpretación contenidos en la mencionada disposición.»

## CAPÍTULO III

### Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

29. La regla general sobre la interpretación de los tratados reconoce que, con determinadas condiciones, los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes pueden estar entre los distintos medios de interpretación (Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*). La Comisión, en su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, subrayó que

[e]s evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado<sup>73</sup>.

30. Al considerar que el acuerdo ulterior y la práctica ulterior, de acuerdo con el artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b* de la Convención de Viena de 1969, constituyen «una prueba objetiva del acuerdo de las partes», la Comisión los

concibió como medios de interpretación «auténtico[s]»<sup>74</sup>. Esa manera de entender los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes como un medio de interpretación auténtico parece indicar que son con frecuencia, pero no necesariamente siempre<sup>75</sup>, factores especialmente importantes para la interpretación de los tratados<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Se ha afirmado que la interpretación de los tratados que establece derechos para otros Estados o agentes es menos susceptible de interpretación «auténtica» por las partes en ellos, por ejemplo en el contexto de los tratados sobre inversiones: CIADI, *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso n.º ARB/02/16 (28 de septiembre de 2007), párr. 386, y *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, caso n.º ARB/01/3 (22 de mayo de 2007), laudo, párr. 337.

<sup>76</sup> Véanse Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 1268, párr. 630; Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points», págs. 223 a 225; OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, Informe del Grupo Especial (31 de marzo de 2011), WT/DS353/R, párr. 7.953.

<sup>73</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15 del comentario a la sección 3 (Interpretación de los tratados).

## A. Reconocimiento por parte de órganos judiciales internacionales

31. Algunos órganos judiciales internacionales han reconocido y aplicado como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes, aunque concediéndoles una importancia algo distinta.

### 1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

32. La Corte Internacional de Justicia «ha examinado con frecuencia la práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de [...] [un] tratado»<sup>77</sup>. Su jurisprudencia proporciona una orientación general y ejemplos significativos de los posibles efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y su interacción con otros medios de interpretación (véase información más detallada en los párrafos 58 a 63 *infra*).

### 2. ÓRGANOS JUDICIALES EN EL MARCO DE REGÍMENES CONVENCIONALES DE CARÁCTER ECONÓMICO

33. Los órganos judiciales internacionales en el marco de regímenes convencionales de carácter económico se han ocupado frecuentemente de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación. Así, el Órgano de Apelación de la OMC ha reconocido la práctica ulterior como medio de interpretación y lo ha aplicado en varias ocasiones<sup>78</sup> y también ha tomado en consideración un acuerdo ulterior<sup>79</sup>. Lo mismo puede decirse del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán<sup>80</sup>, que ha sostenido:

<sup>77</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), fallo, C.I.J. Recueil 1999, pág. 1076, párr. 50 (véase también C.I.J. Resúmenes 1997-2002, pág. 137); véase asimismo, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), fallo, C.I.J. Recueil 2011, págs. 675 y 676, párr. 99 (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 276).

<sup>78</sup> OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, Informe del Órgano de Apelación (4 de octubre de 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R e Informe del Grupo Especial (11 de julio de 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R; *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, Informe del Órgano de Apelación (12 de septiembre de 2005), WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, párr. 259 e Informe del Grupo Especial (30 de mayo de 2005), WT/DS269/R y WT/DS286/R; *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, Informe del Órgano de Apelación (5 de junio de 1998), WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, párrs. 92 y 93 e Informe del Grupo Especial (5 de febrero de 1998), WT/DS62/R, WT/DS67/R y WT/DS68/R; *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano* (Upland), Informe del Órgano de Apelación (3 de marzo de 2005), WT/DS267/AB/R e Informe del Grupo Especial (8 de septiembre de 2004), WT/DS267/R; véase también *Comunidades Europeas y sus Estados Miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, Informe del Grupo Especial (16 de agosto de 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, párr. 7.558.

<sup>79</sup> OMC, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, Informe del Órgano de Apelación (16 de mayo de 2012), WT/DS381/AB/R, párr. 372.

<sup>80</sup> *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)*, laudo n.º 108-A-16/582/591- FT (1984), *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (Cambridge, Grotius, 1985), vol. 5, pág. 57; *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, laudo interlocutorio n.º ITL 37-111-FT (1984), *ibíd.*, pág. 338; *United States-Iran*, caso n.º A17, decisión n.º DEC 37-A17-FT (1985), *ibíd.*, vol. 8, pág. 189;

De ahí que, lejos de desempeñar una función secundaria en la interpretación de los tratados, la práctica ulteriormente seguida por las partes constituye un elemento importante en la interpretación. Cuando han interpretado las disposiciones de un tratado, con frecuencia los tribunales internacionales han examinado la práctica ulteriormente seguida por las partes. El Tribunal también ha reconocido la importancia de la práctica ulteriormente seguida por las partes y se ha remitido a ella en varios casos<sup>81</sup>.

34. Los tribunales establecidos por el CIADI han reconocido con frecuencia como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior<sup>82</sup>. En algunas decisiones, esos tribunales incluso han puesto de relieve que la práctica ulterior es un medio de interpretación especialmente importante para las disposiciones con respecto a las cuales las partes en el tratado pretendían que evolucionaran a tenor de la práctica convencional ulterior. En el caso *Mihaly*, por ejemplo, el tribunal arbitral sostuvo:

Ninguna de las partes afirmó que el Convenio CIADI incluyese ninguna definición precisa *a priori* del término «inversión». En lugar de ello, se dejó que la definición se precisara en la práctica ulteriormente seguida por los Estados, con lo que se mantendría su integridad y flexibilidad y se permitiría en el futuro el desarrollo progresivo del derecho internacional relativo al tema de las inversiones<sup>83</sup>.

35. Los paneles del TLCAN han reconocido en varias ocasiones como medios de interpretación los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior<sup>84</sup>. Si bien esos paneles no parecen haber examinado con demasiada frecuencia la práctica ulterior<sup>85</sup>, han debatido intensamente sobre los efectos jurídicos de un documento del que se sostenga que es un acuerdo ulterior<sup>86</sup>.

*Burton Marks and Harry Umann v. the Islamic Republic of Iran*, laudo interlocutorio n.º ITL 53-458-3 (1985), *ibíd.*, pág. 290; *the Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo interlocutorio n.º ITL 63-A15-FT (1986), *ibíd.*, vol. 12, pág. 40; *the Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo n.º 382-B1-FT (1988), *ibíd.*, vol. 19, pág. 273.

<sup>81</sup> *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (reconvencción) (9 de septiembre de 2004), *ibíd.*, vol. 38, pág. 117, párr. 111.

<sup>82</sup> Véanse *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Tratado bilateral sobre inversiones entre los Estados Unidos y la Argentina) (procedimiento de anulación, decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo), caso CIADI n.º ARB/01/3 (7 de octubre de 2008), párr. 70; *Siemens A.G. c. República Argentina* (tratado bilateral sobre inversiones entre Alemania y la Argentina) (decisión sobre jurisdicción), caso CIADI n.º ARB/02/8 (3 de agosto de 2004), párr. 105 (véase también *ICSID Reports*, vol. 12, pág. 198); *National Grid PLC c. República Argentina* (tratado bilateral sobre inversiones entre el Reino Unido y la Argentina) (decisión sobre jurisdicción), reglamento de arbitraje de la CNUDMI (20 de junio de 2006), párrs. 84 y 85.

<sup>83</sup> *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (tratado bilateral sobre inversiones entre los Estados Unidos y Sri Lanka) (laudo y voto particular concurren), caso CIADI n.º ARB/00/2 (15 de marzo de 2002) [2004], *ICSID Reports*, vol. 6, párr. 33; de modo similar, véase *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. República Bolivariana de Venezuela* (decisión sobre competencia), caso CIADI n.º ARB/00/5 (27 de septiembre de 2001) [2004], *ibíd.*, párr. 97.

<sup>84</sup> TLCAN y reglamento de arbitraje de la CNUDMI, *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (nota 38 *supra*), párrs. 181 a 183.

<sup>85</sup> TLCAN, *Servicios de transporte transfronterizo* (Informe final del Panel), Panel arbitral establecido en términos del artículo 2008, Expediente del Secretariado n.º EUA-MEX-98-2008-01 (6 de febrero de 2001), párrs. 220, 221 y 235; *Tarifas aplicadas por el Canadá a ciertos productos agrícolas de origen estadounidense* (véase la nota 38 *supra*), párrs. 119, 141 y 142.

<sup>86</sup> Véanse los párrafos 88 a 90 *infra*.

### 3. TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

36. Con respecto a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, los tribunales de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han seguido un criterio algo diferente del de los órganos judiciales en el marco de regímenes convencionales de carácter económico. Así, los tribunales de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no parecen haber tenido en cuenta los acuerdos ulteriores de las partes en su interpretación de las disposiciones sustantivas sobre derechos humanos. La situación es diferente, en cambio, con respecto a la práctica ulterior seguida por las partes.

37. En ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha invocado el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969, principalmente en causas que se referían a la relación del Tribunal con los Estados miembros y en causas que planteaban cuestiones de derecho internacional general<sup>87</sup>. Con mayor frecuencia, sin embargo, el Tribunal se ha referido a la práctica legislativa de los Estados miembros sin mencionar explícitamente el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena<sup>88</sup>. En esos casos, el Tribunal ha confirmado que la legislación nacional uniforme, o en gran parte uniforme, e incluso la práctica administrativa nacional, pueden constituir en principio una práctica ulterior en la materia<sup>89</sup> y pueden tener efectos que pueden ir incluso más allá del de ser simplemente un medio de interpretación de acuerdo con el artículo 31, párr. 3, apdo. *b* de la Convención de Viena<sup>90</sup>. Así, las sentencias en las que el Tribunal se ha apoyado en la práctica ulteriormente seguida por los Estados sin citar explícitamente el artículo 31, párr. 3, apdo. *b* de la Convención de Viena son más características que las sentencias en las que sí lo ha hecho. Desde el caso *Tyrer*, el Tribunal generalmente se ha apoyado en la práctica ulterior de los Estados (y otros) como orientación para su interpretación «dinámica» o «evolutiva». El Tribunal determina el carácter y la amplitud de su interpretación evolutiva atendiendo a las «condiciones actuales»<sup>91</sup> y los avances del derecho internacional, más o menos concretos, que el Tribunal reconoce basándose en

[u]n conjunto de reglas y principios que son aceptados por la inmensa mayoría de Estados, los criterios comunes del derecho internacional o interno de los Estados europeos que reflejan una realidad que el Tribunal no puede ignorar cuando ha de aclarar el alcance de una disposición del Convenio que medios de interpretación más convencionales no le han permitido establecer con un grado suficiente de certeza<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Casos *Cruz Varas*, párr. 100; *Loizidou*, párr. 73; *Banković*, párr. 56 (véase la nota 42 *supra*).

<sup>88</sup> Véanse, por ejemplo, los casos *Lautsi et autres c. Italie* [Gran Sala], demanda n.º 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011, *Recueil des arrêts et décisions 2011-III*, párr. 61; y *Herrmann c. Allemagne* [Gran Sala], demanda n.º 9300/07, sentencia de 26 de junio de 2012, párr. 78.

<sup>89</sup> Véanse, por ejemplo, *Mamatkulov et Askarov*, párrs. 111 y 123; *Johnston et autres*, párr. 51; *Al-Saadoon et Mufdhi*, párr. 126; *Rantsev*, párrs. 273 y 274; y *Demir et Baykara*, párr. 65 (véase la nota 42 *supra*).

<sup>90</sup> *Soering* (nota 43 *supra*), párr. 103; *Al-Saadoon et Mufdhi* (nota 42 *supra*), párr. 119, donde se cita *Öcalan* (nota 46 *supra*), párr. 163.

<sup>91</sup> Caso *Tyrer c. Royaume-Uni* (nota 46 *supra*).

<sup>92</sup> *Demir et Baykara* (nota 42 *supra*), párr. 76.

38. De hecho, siempre que el Tribunal ha reconocido que está realizando una «interpretación evolutiva», normalmente se ha remitido como orientación a la práctica jurídica sea de los Estados, social o internacional<sup>93</sup>.

39. Parece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta la fecha no se ha remitido al artículo 31, párr. 3, apdos. *a* ni *b* de la Convención de Viena de 1969 y el número de decisiones en las que se ha remitido a la práctica ulterior es bastante limitado<sup>94</sup>. Sin embargo, a pesar de que en raras ocasiones menciona la práctica ulterior *stricto sensu*, la Corte Interamericana se ha remitido en abundantes ocasiones a los avances internacionales en un sentido más amplio, que se hallan a medio camino entre la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, y otras «formas pertinentes de derecho internacional» relacionadas con el artículo 31, párr. 3, apdo. *c*, de la Convención de Viena<sup>95</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en ocasiones ha examinado con mayor detenimiento la práctica ulteriormente seguida por los Estados<sup>96</sup>. El motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos se remiten menos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la práctica ulterior tal vez tenga que ver, entre otras cosas, con una falta de recursos para comprobar con seguridad una parte suficientemente representativa de la práctica en la materia.

### 4. OTROS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNACIONALES

40. En algunas ocasiones, el TIDM ha considerado la práctica ulteriormente seguida por las partes como medio de interpretación<sup>97</sup>. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda han reconocido que la interpretación del derecho penal

<sup>93</sup> Véanse, por ejemplo *Öcalan* (nota 46 *supra*), párrs. 163 y 191; *VO c. France* [Gran Sala], *Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII*; *Johnston* (nota 42 *supra*), párr. 53; *Bayatyan* (nota 47 *supra*), párr. 63; *Soering* (nota 43 *supra*), párr. 103; *Al-Saadoon et Mufdhi* (nota 42 *supra*), párr. 119.

<sup>94</sup> *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), Serie C, n.º 221, párrs. 215 a 224, y el voto concurrente del juez Vio Grossi en *López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, n.º 233, párr. 3; véase también *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tabago*, sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, n.º 94, párr. 12; véase también *Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala* (nota 48 *supra*).

<sup>95</sup> Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4, párr. 151; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (nota 53 *supra*), párrs. 130 a 133 y 137.

<sup>96</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/48/40)*, Informe del Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 470/1991, *Kindler c. Canadá*, párr. 14.2; *ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/58/40)*, comunicación n.º 829/1998, *Judge c. Canadá*, párr. 10.3; *ibíd.*, *cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/47/40)*, comunicaciones n.ºs 270/1988 y 271/1988, *Barrett y Sutcliffe c. Jamaica*, párr. 8.4; *ibíd.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, comunicación n.º 541/1993, *Simms c. Jamaica*, párr. 6.5.

<sup>97</sup> TIDM, *Affaire du Navire «SAIGA» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1999*, párrs. 155 y 156; véase también *Affaire du Navire «SAIGA» (n.º 1)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), pronta liberación, *ibíd.*, 1997, párr. 57.

internacional sustantivo, incluidos los tratados, debe tomar en consideración la práctica interpretativa ulterior seguida por los tribunales nacionales<sup>98</sup>. Ambos tribunales no se han limitado a examinar la jurisprudencia ulterior de los tribunales nacionales, sino que se remiten también a la práctica ulterior, ejecutiva o militar, seguida por los Estados<sup>99</sup>. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia incluso ha tomado en consideración formas más generales de práctica de los Estados, como por ejemplo la evolución de la legislación de los Estados Miembros que, a su vez, puede originar un cambio en la interpretación del alcance de los crímenes o de sus elementos. En el caso *Furundžija*, por ejemplo, la Sala del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, buscando una definición del delito de violación tipificado en el artículo 27 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), el artículo 76, párr. 1, del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y el artículo 4, párr. 2, apdo. e, del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II)<sup>100</sup>, examinó los principios de derecho penal comunes a los principales ordenamientos jurídicos del mundo y sostuvo

que puede discernirse una evolución en la legislación nacional de varios Estados que lleva a ampliar la definición de violación de modo que abarca ya actos que anteriormente se clasificaban como delitos comparativamente menos graves, es decir, agresión sexual o atentado contra el pudor. Esa evolución muestra que en el plano nacional, los Estados caminan hacia una actitud más rigurosa con las formas graves de agresión sexual: ya se asocia el estigma de la violación a una categoría creciente de delitos sexuales, a condición claro está de que cumplan determinados requisitos, principalmente el de la penetración física forzada<sup>101</sup>.

41. El Tribunal de Justicia Europeo, a diferencia de otros órganos judiciales internacionales, no ha tomado en consideración la práctica ulteriormente seguida por los Estados miembros al interpretar los tratados fundacionales de la UE (derecho primario de la Unión). Esto es acorde con su criterio general de considerar que los tratados fundacionales constituyen un «ordenamiento jurídico autónomo» y no remitirse por ello a la Convención de Viena de 1969 ni aplicarla al interpretarlos<sup>102</sup>. Sin embargo, el Tribunal sí tiene en cuenta la práctica ulterior al interpretar los acuerdos que ha celebrado la Unión con terceros Estados y ha reconocido la pertinencia de «la práctica consolidada de las partes en el Acuerdo» a los efectos de su interpretación<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Kupreškić et autres* (fallo), ICTY-95-16 (14 de enero de 2000), párr. 541; véase también Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Akayesu* (fallo) ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia I (2 de septiembre de 1998), párrs. 503 y 542 y ss.

<sup>99</sup> Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, casos *Tadić* (fallo), ICTY-94-1 (15 de julio de 1999), párr. 94; y *Jelisić* (nota 64 *supra*), párr. 61.

<sup>100</sup> Caso *Furundžija* (fallo), ICTY-95-17/1 (10 de diciembre de 1998), párrs. 165 y ss.

<sup>101</sup> *Ibid.*, párr. 179; de modo similar véase Tribunal Penal Internacional para Rwanda, caso *Musema* (fallo), ICTR-96-13-A, Sala de Primera Instancia I (27 de enero de 2000), párrs. 220 y ss., esp. párr. 228.

<sup>102</sup> Véanse los párrafos 26 y 27 *supra*.

<sup>103</sup> Véase el asunto C-52/77, *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, *Recopilación de la Jurisprudencia 1977*, párr. 18; véase también

## B. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior entre los diferentes medios de interpretación

42. El reconocimiento de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación por los órganos judiciales internacionales ha hecho que se aplicasen en muy diversas situaciones. A los efectos del presente propósito, basta con apuntar unas pocas causas de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que ejemplifican la función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación. De esos otros medios de interpretación, los más importantes son el «sentido corriente» de los términos de un tratado, su «contexto» y el «objeto y fin» del tratado (artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969).

### 1. SENTIDO CORRIENTE

43. Por lo que se refiere al «sentido corriente» de los términos de los tratados, la Corte Internacional de Justicia por ejemplo<sup>104</sup> ha determinado en su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, con respecto a los términos «veneno o armas envenenadas», que

[e]n la práctica de los Estados, esos términos se han interpretado en su sentido ordinario, es decir, referidos a armas cuyo efecto primordial, incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esta práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado [esos términos] referidos a las armas nucleares<sup>105</sup>.

44. En el caso *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que

[l]a impresión general que deja un examen de los materiales pertinentes es que los encargados de la administración de las aduanas [...] han recurrido a todos los diversos elementos de valoración de que disponían, aunque quizás no siempre de modo coherente. En esas circunstancias, la opinión de la Corte es que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre el punto controvertido<sup>106</sup>.

45. Asimismo, en el caso *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* la Corte Internacional de Justicia sostuvo que

[e]n la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización [...]. En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido considerados peritos en misión en el sentido de la sección 22<sup>107</sup>.

el asunto C-432/92, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. y otros*, *ibíd.*, 1994, párrs. 43 y 50.

<sup>104</sup> Véase también *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 306, párr. 67 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 35); *Affaire des plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), excepción preliminar, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 815, párr. 30 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 129); *Compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 9 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 13).

<sup>105</sup> *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 248, párr. 55; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.

<sup>106</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 211; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 35.

<sup>107</sup> Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 194, párr. 48; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 260.

46. En la mayoría de los casos, la Corte Internacional de Justicia consideró que la determinación del «sentido corriente» de un término de un tratado, como lo había especificado la práctica ulterior seguida por las partes, era determinante, con independencia de que esa práctica apuntase a una interpretación más amplia o más restrictiva del «sentido corriente»<sup>108</sup>. Un ejemplo muy conocido es la interpretación que hizo la Corte, en la opinión consultiva *Certaines dépenses des Nations Unies*, de los términos «gastos» (interpretación amplia) y «acción» (interpretación restrictiva) basándose en la práctica ulterior seguida por la Organización<sup>109</sup>.

47. De ese modo, con frecuencia la práctica ulteriormente seguida por las partes empuja a restringir los distintos significados textuales posibles. Pero es posible también, no obstante, que la práctica ulterior indique que el término está abierto a diferentes matices de significado o aconseje una interpretación amplia de los términos del tratado<sup>110</sup>.

## 2. CONTEXTO

48. La interpretación de un tratado no se limita a la interpretación del texto de sus términos concretos, sino que engloba también «los términos del tratado en el contexto de estos» (art. 31, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969) como un todo. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden influir también en la interpretación de una regla concreta cuando la práctica se refiere al tratado como un todo o a otras normas convencionales en la materia<sup>111</sup>. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia sostuvo en el caso *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*:

Ese basarse en el tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...], convence a la Corte para que considere improbable que cuando se redactó y se incluyó en la Convención ese último artículo [artículo 28 a] se contemplase que debiera determinar cuáles eran los países que poseen las flotas mercantes más importantes cualquier otro criterio distinto del tonelaje registrado<sup>112</sup>.

49. Aunque los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se utilizan sobre todo para aclarar términos ambiguos o generales<sup>113</sup>, sería ir demasiado lejos suponer que el significado

<sup>108</sup> Véase una excepción en *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador/Honduras; Nicaragua (interviniente)), fallo, C.I.J. Recueil 1992, pág. 586, párr. 380 (véase también C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 20).

<sup>109</sup> C.I.J. Recueil 1962, págs. 158 y ss. («gastos») y 164 y ss. («acción») (véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 83).

<sup>110</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, acepta que la práctica diversa o no uniforme puede indicar que las partes contratantes gozan de un amplio margen de apreciación en el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véanse por ejemplo los casos *Lautsi* (nota 88 supra), párr. 61, y *Van der Heijden c. Pays-Bas* (Gran Sala), demanda n.º 42857/05, 3 de abril de 2012, párrs. 31 y 61.

<sup>111</sup> Véase, por ejemplo, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, C.I.J. Recueil 1988, pág. 87, párr. 40; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 247.

<sup>112</sup> *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1960, pág. 169 (véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 77); en el mismo sentido, véase *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (2003), Naciones Unidas, RSA, vol. XXIII, pág. 91, párr. 141.

<sup>113</sup> *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, fallo, C.I.J. Recueil 1960, págs. 208 y ss. (véase también

de términos aparentemente claros no puede ser cuestionado por los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por las partes<sup>114</sup>. De hecho, en ocasiones, la Corte Internacional de Justicia ha decidido que la práctica ulterior ampliaba el sentido de una disposición convencional aparentemente clara. Un ejemplo es la opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, en la que la Corte Internacional de Justicia ha sostenido «que la práctica aceptada de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta [de las Naciones Unidas]»<sup>115</sup>.

50. El Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas es una disposición cuyo texto no refleja claramente lo que la práctica ulterior seguida por la Asamblea General estaba dando a entender.

## 3. OBJETO Y FIN

51. El artículo 31, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969 dispone que un tratado se interpretará también «teniendo en cuenta su objeto y fin». Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, por un lado, y el objeto y fin de un tratado, por el otro, pueden estar estrechamente interrelacionados. Así, la conducta ulterior de las partes se utiliza a veces para concretar el objeto y fin del tratado en primer lugar<sup>116</sup>. En el caso *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y fin de un acuerdo bilateral sobre la delimitación de la plataforma continental remitiéndose a la práctica ulterior y a la aplicación de las partes<sup>117</sup>. En el caso *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Corte sostuvo

de los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 supra, se llega a la conclusión de que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus facultades dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, su objetivo no es solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no queda abarcada en el Capítulo VIII de la Carta [de las Naciones Unidas]<sup>118</sup>.

C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 77); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, C.I.J. Recueil 2009, declaración del magistrado ad hoc Guillaume, pág. 290 (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 98).

<sup>114</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1962, pág. 189, opinión separada del magistrado Spender.

<sup>115</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 2004, pág. 150, párr. 28.

<sup>116</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1971, pág. 16 (véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 107); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 2004, pág. 179, párr. 109; *Affaire des plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), excepción preliminar, C.I.J. Recueil 1996, pág. 815, párr. 30; Higgins, «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law», pág. 180; Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», págs. 52 a 54.

<sup>117</sup> *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (Dinamarca c. Noruega), fallo, C.I.J. Recueil 1993, pág. 50, párr. 27; véase también C.I.J. Resúmenes 1992-1996, pág. 56.

<sup>118</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1998, págs. 306 y 307, párr. 67; véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 15.

52. Se ha apuntado que el carácter de un instrumento (por ejemplo, multilateral/bilateral/unilateral; normativo/contrato) y la naturaleza de la materia (por ejemplo, técnica/orientada a valores; económica/derechos humanos) como elementos del objeto y fin de un tratado contribuirían a determinar cuánto margen hay para los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medio de interpretación<sup>119</sup>. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no puede, sin embargo, confirmar claramente esas hipótesis. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se han utilizado como un importante medio de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas<sup>120</sup> y de tratados bilaterales de fronteras<sup>121</sup> y de las aceptaciones unilaterales de la competencia de un tribunal<sup>122</sup>. Y no parece haber ninguna diferencia destacada con respecto a la importancia relativa de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior entre los tratados «normativos» y los tratados «contrato», si es que realmente se puede establecer esa distinción. Lo mismo puede decirse de la diferencia entre los tratados o disposiciones más técnicos o más orientados a valores.

53. Sin embargo, no hay que entender que esa observación extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sea aplicable con carácter general. Los órganos judiciales creados en virtud de tratados económicos, de derechos humanos y otros tratados internacionales a veces conceden más importancia al «objeto y fin» de un tratado o al «sentido corriente» de un término de un tratado, dependiendo del régimen en cuestión<sup>123</sup>. Sería por ello prematuro concluir a partir de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que el carácter del instrumento y la naturaleza de la materia, como elementos del objeto y fin de un tratado, no influyen en la importancia relativa de los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior para la interpretación de un tratado. Es posible que el número comparativamente bajo de causas y la falta de especialización de la Corte hayan impedido hasta ahora que en su jurisprudencia se dibujase un panorama de contornos más definidos. Tal vez sea por ello conveniente examinar esa cuestión con mayor detenimiento en una fase ulterior de la labor.

### C. Interpretación contemporánea y evolutiva

54. Los posibles efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación dependen también del denominado derecho intertemporal<sup>124</sup>. Este se refiere a la cuestión de si un tratado debe ser

interpretado a tenor de las circunstancias del momento en que se celebró («interpretación contemporánea») o más bien a tenor de las circunstancias del momento en que se aplica («interpretación evolutiva»)<sup>125</sup>. Originalmente, la observación incidental de Max Huber en el caso *Island of Palmas* según la cual «un hecho judicial debe ser apreciado a tenor del derecho contemporáneo a él»<sup>126</sup> había llevado a muchos a favorecer en general la «interpretación contemporánea»<sup>127</sup>.

#### 1. LABOR PREVIA DE LA COMISIÓN

55. La Comisión se ha ocupado de la cuestión del derecho intertemporal fundamentalmente en su labor sobre el derecho de los tratados y sobre la fragmentación del derecho internacional. Durante la labor que realizó en relación con el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión debatió la cuestión de la interpretación de los tratados «en el tiempo» en el contexto de lo que luego se convertiría en el artículo 31, párr. 3, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969. En aquel momento, a la Comisión le pareció que «sería difícil formular una norma que abarcara totalmente el elemento temporal» y, por consiguiente «decidió omitir el elemento temporal»<sup>128</sup>.

56. La cuestión fue de nuevo examinada dentro del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>129</sup>. Los debates mantenidos en ese Grupo de Estudio condujeron a la conclusión de que es difícil formular y acordar una regla general que dé preferencia a un principio de interpretación contemporánea o a uno de interpretación evolutiva. En su informe, el Presidente del Grupo de Estudio, Sr. Martti Koskenniemi, concluyó que sería «mejor [...] limitarse a escoger algunas consideraciones» que se habrían de tomar en consideración al interpretar cada tratado:

El punto de partida debe ser [...] el hecho de que adoptar una decisión al respecto es una cuestión de interpretación del propio tratado. ¿Hay alguna indicación en la formulación empleada? El punto de partida del argumento puede ser lógicamente el «principio de contemporaneidad», con respecto al entorno normativo existente en el momento de entrada en vigor de la obligación para la parte correspondiente. En este contexto ¿cuándo podría la formulación del propio tratado establecer que debe tenerse en cuenta la futura evolución? He aquí unos ejemplos de cuándo se puede suponer esto razonablemente:

a) Cuando en un tratado se utiliza un término que «no es estático, sino sujeto a una evolución». [...]

b) Cuando las obligaciones se describen en términos muy generales, lo que constituye una especie de remisión a la situación del derecho en el momento de su aplicación<sup>130</sup>.

57. De ese modo, la labor previa de la Comisión deja abierta la posibilidad de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior desempeñen una función para determinar si es conveniente en cada caso una interpretación más contemporánea o más evolutiva.

<sup>119</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1971, pág. 154, nota 1, opinión separada del magistrado Dillard.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 2004, pág. 149, párr. 27.

<sup>121</sup> Véase, por ejemplo, el caso *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), C.I.J. Recueil 1999, pág. 1087, párr. 63.

<sup>122</sup> Véase, por ejemplo, *Anglo-Iranian Oil Co.* (Reino Unido c. Irán), excepción preliminar, C.I.J. Recueil 1952, pág. 106; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 33.

<sup>123</sup> Véanse los párrafos 11 a 27 *supra*.

<sup>124</sup> M. Fitzmaurice, «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties»; Elias, «The Doctrine of Intertemporal Law»; Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*; Kotzur, «Intertemporal Law»; Linderfalk, «Doing the Right thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties»; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

<sup>125</sup> M. Fitzmaurice, «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties», pág. 102.

<sup>126</sup> *Island of Palmas* (Países Bajos c. Estados Unidos) (1928), Naciones Unidas, RSA, vol. II, pág. 845.

<sup>127</sup> Higgins, «Some Observations on...», pág. 174.

<sup>128</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 244, párr. 16 del comentario al artículo 27; Higgins, «Some Observations on...», pág. 178.

<sup>129</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 475.

<sup>130</sup> *Ibid.*, párr. 478.

2. LA RELACIÓN ENTRE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y LA INTERPRETACIÓN A TENOR DE LA PRÁCTICA ULTERIOR

58. La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado de la relación entre la interpretación evolutiva y la práctica ulteriormente seguida por las partes en el caso *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua)<sup>131</sup>. Ese caso giraba en torno a un tratado entre Costa Rica y Nicaragua de 1858 que otorga a Costa Rica libertad de navegación por el río San Juan a «objetos de comercio». Nicaragua hacía valer que, cuando se celebró el tratado y durante mucho tiempo después, los Estados parte interpretaban que el término «comercio» se limitaba a bienes y no incluía servicios y especialmente, no abarcaba el transporte de personas a objetos de turismo. La Corte, sin embargo, no consideró concluyente ese argumento:

Por un lado, la práctica ulteriormente seguida por las partes, en el sentido del artículo 31, 3, b, de la Convención de Viena, puede apartarse de la intención original en función de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro, hay situaciones en las que la intención de las partes una vez celebrado el tratado era [...] conceder a los términos empleados [...] un significado o contenido capaz de evolucionar, no uno fijado de una vez por todas, de modo que se tuviesen en cuenta, entre otras cosas, los avances del derecho internacional<sup>132</sup>.

59. La Corte Internacional de Justicia sostuvo entonces que el término «comercio» era un «término genérico» con respecto al cual «las partes necesariamente» habían «sido conscientes de que su significado [...] probablemente evolucionaría en el tiempo» y que «el tratado ha estado en vigor durante un período muy largo» y concluyó que «debe suponerse que las partes [...] han pretendido» que ese término «tenga un significado que evolucione»<sup>133</sup>. Y puesto que el término «comercio» hoy se entendería generalmente que abarca bienes y servicios, la Corte llegó a la conclusión de que Costa Rica tenía derecho, con arreglo al tratado, a transportar no solo bienes sino también personas por el río San Juan<sup>134</sup>. El magistrado Skotnikov, aun considerando que no era apropiada una interpretación evolutiva del tratado, llegó al mismo resultado aceptando que una práctica ulterior del turismo operado por Costa Rica en el río San Juan «como mínimo por un decenio» a la cual Nicaragua «nunca se opuso» sino que incluso «adoptó una práctica sostenida de permitir la navegación turística»<sup>135</sup> había conducido a una interpretación distinta del tratado cuyo resultado sería que esos servicios estarían incluidos en el término «objeto de comercio». Al magistrado *ad hoc* Guillaume le pareció también «que la práctica concuerda con esto, como demuestra el Memorando de Entendimiento de 5 de junio de 1994 entre los Ministros de Turismo de los dos Estados y el aumento del tráfico turístico de cruceros por el río San Juan en los últimos años»<sup>136</sup>.

60. El fallo *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* demuestra que los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes pueden jugar tanto a favor como en contra de la posibilidad de una

interpretación evolutiva. El efecto favorable consiste en confirmar que una interpretación evolucionada de un tratado se puede basar en la práctica ulterior como medio de interpretación auténtico. El efecto restrictivo de la práctica ulterior<sup>137</sup> surge cuando se contrasta con una interpretación evolutiva que se basa en otros motivos, especialmente en el objeto y fin del tratado. Así, los magistrados que pusieron de relieve la necesidad de estabilidad en las relaciones convencionales (Skotnikov, Guillaume) se mostraron partidarios de que se reconociese la interpretación desarrollada oficiosamente por conducto de la práctica ulterior, mientras que la opinión de la Corte Internacional de Justicia adopta un criterio más dinámico llevando a cabo una forma de interpretación evolutiva más abstracta. En cualquier caso, todos los magistrados del caso *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* respaldaron la conclusión de que es posible una interpretación evolutiva si va acompañada de una práctica ulteriormente seguida por las partes que sea común.

61. El enfoque matizado, que se refleja en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional y en el fallo *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, está perfectamente fundamentado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, esto no impide que vuelva a surgir en causas concretas la alternativa entre una interpretación más contemporánea o más evolutiva. El magistrado *ad hoc* Guillaume, en particular, ha apuntado que existían dos tendencias diferentes en la jurisprudencia: una que tendía hacia una interpretación más contemporánea y otra hacia una interpretación más evolutiva<sup>138</sup>. Cabe señalar, sin embargo, que las causas que, según él, se prestan a un enfoque más contemporáneo se refieren sobre todo a términos bastante concretos de tratados de fronteras («cuencas»<sup>139</sup>, «canal principal»<sup>140</sup>, nombres de lugares<sup>141</sup>, «desembocadura» de un río<sup>142</sup>). En esos casos, es plausible que los cambios de significado de una terminología (general o específica) normalmente no afecten a la sustancia del acuerdo concreto, que está concebido para ser lo más estable e independiente de los elementos contextuales que sea posible. En cambio, las causas que respaldarían la legitimidad de una interpretación evolutiva giran en torno a términos cuyo significado depende más inherentemente del contexto. Así ocurre, especialmente, con los términos «las condiciones de la intensa vida moderna» o el «bienestar y desenvolvimiento» de esos

<sup>137</sup> Véase, por ejemplo, Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 246.

<sup>138</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, fallo, C.I.J. Recueil 2009, págs. 290, 294 y ss., párrs. 9 y ss., declaración del magistrado *ad hoc* Guillaume; véase también *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 93 y ss., párrs. 467 y 479; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, del Sr. Koskeniemi (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), párr. 478); resolución del Instituto de Derecho Internacional, «Le problème intertemporel en droit international public».

<sup>139</sup> *Temple de Préah Vihear* (Camboya c. Tailandia), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1962, pág. 16.

<sup>140</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), C.I.J. Recueil 1999, pág. 1061, párr. 21.

<sup>141</sup> *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia* (2002), Naciones Unidas, RSA, vol. XXV, pág. 110, párr. 3.5.

<sup>142</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), fallo, C.I.J. Recueil 2002, pág. 339, párr. 48; véase también C.I.J. *Resúmenes 1997-2002*, pág. 239.

<sup>131</sup> Fallo, C.I.J. Recueil 2009, pág. 213.

<sup>132</sup> *Ibid.*, pág. 242, párr. 64.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pág. 243, párr. 66.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pág. 244, párr. 71.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pág. 285, párr. 9, opinión separada del magistrado Skotnikov.

<sup>136</sup> *Ibid.*, declaración del magistrado *ad hoc* Guillaume, pág. 299, párr. 16.



pueblos en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones a los que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, ha dado una interpretación progresiva remitiéndose a la evolución del derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial<sup>143</sup>. Otros motivos reconocidos para la posibilidad de una interpretación evolutiva son el carácter «genérico» de un término concreto de un tratado<sup>144</sup> y el hecho de que el tratado esté concebido para ser «de duración continua»<sup>145</sup>. Puede haber incluso razones más concretas que pueden justificar una interpretación evolutiva. En el caso *Iron Rhine*, por ejemplo, la continuación de la viabilidad y la efectividad del acuerdo como tal fue una razón importante para que la Corte Permanente de Arbitraje aceptara que incluso normas bastante técnicas pueden tener que recibir una interpretación evolutiva<sup>146</sup>.

62. En cualquier caso, las decisiones en las cuales la Corte Internacional de Justicia ha llevado a cabo una interpretación evolutiva no se han apartado mucho del texto ni de la intención determinable de las partes en el tratado, que también se hayan formulado en sus acuerdos ulteriores y la práctica que hayan seguido ulteriormente<sup>147</sup>. De ese modo, la interpretación evolutiva no parece ser un método de interpretación independiente, sino más bien el resultado de una aplicación correcta de los medios de interpretación habituales<sup>148</sup>. Es por ello apropiado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior hayan desempeñado una función importante en las principales causas en las que los tribunales internacionales han reconocido y practicado la interpretación evolutiva. En el caso *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia se remitió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para concretar las conclusiones que extrajo de la naturaleza inherentemente evolutiva del derecho a la libre determinación. En el caso *Plateau continental de la mer Égée*, a la Corte le pareció «significativo» que lo que había definido como el «sentido ordinario, genérico»

de los términos controversias relativas al «estatuto territorial» estuviese confirmado por la práctica administrativa de las Naciones Unidas y por el comportamiento de la parte que alegaba la interpretación restrictiva en un contexto distinto<sup>149</sup>.

63. En conjunto, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje no parece contradecir el «apoyo general hoy entre los principales tratadistas a la interpretación evolutiva de los tratados», como ha señalado el tribunal del caso *Iron Rhine*<sup>150</sup>. Otros órganos judiciales internacionales han mostrado distintos grados de aceptación con respecto a la interpretación evolutiva. El Órgano de Apelación de la OMC solo excepcionalmente ha reconocido y llevado a cabo una interpretación evolutiva, pero en cambio un enfoque evolutivo de la interpretación se ha convertido en un rasgo característico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Convenio Europeo de Derechos Humanos como «instrumento vivo»)<sup>151</sup>. Así, aunque seguiría siendo adecuado partir de la presunción de que debe darse una interpretación contemporánea a los tratados, no se trata de una presunción inquebrantable y se enfrenta a una lista no cerrada de excepciones.

#### D. Conclusión: proyecto de conclusión 2

64. Tomadas en conjunto, esas consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión<sup>152</sup>:

##### «Proyecto de conclusión 2

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación auténticos

Los acuerdos ulteriores entre las partes en un tratado y la práctica ulteriormente seguida por ellas son medios de interpretación auténticos que habrán de tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados.

Los acuerdos ulteriores entre las partes y la práctica ulteriormente seguida por ellas podrán orientar una interpretación evolutiva de un tratado.»

<sup>143</sup> C.I.J. Recueil 1971, pág. 30, párr. 51.

<sup>144</sup> *Plateau continental de la mer Égée* (Grecia c. Turquía), fallo, C.I.J. Recueil 1978, pág. 32, párr. 77; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 141.

<sup>145</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, C.I.J. Recueil 2009, pág. 213, párr. 66.

<sup>146</sup> *Iron Rhine* («Ijzeren Rijn») Railway (Bélgica c. Países Bajos), Corte Permanente de Arbitraje (laudo de 24 de mayo de 2005), párr. 80: «En el presente caso, lo controvertido no es un término conceptual o genérico, sino más bien avances técnicos nuevos relativos al funcionamiento y la capacidad del ferrocarril»; véase también *Plateau continental de la mer Égée*, fallo, C.I.J. Recueil 1978, pág. 32, párr. 77 (véase C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 141); véase asimismo *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (laudo de 31 de julio de 1989), Naciones Unidas, RSA, vol. XX, pág. 151, párr. 85.

<sup>147</sup> Véase también *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (laudo de 31 de julio de 1989), Naciones Unidas, RSA, vol. XX, pág. 119, en esp. pág. 151, párr. 85.

<sup>148</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, C.I.J. Recueil 2009, declaración del magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y 294, párr. 9; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht...*, pág. 498.

<sup>149</sup> *Plateau continental de la mer Égée* (Grecia c. Turquía), fallo, C.I.J. Recueil 1978, pág. 31, párr. 74.

<sup>150</sup> *Iron Rhine* («Ijzeren Rijn») (nota 146 *supra*), párr. 81; véase, por ejemplo, Sorel y Boré Eveno, «Article 31», pág. 834, párr. 55.

<sup>151</sup> OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (nota 30 *supra*), párr. 130; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer* (nota 46 *supra*), párr. 31; *Al-Saadoon et Mufdhi* (nota 42 *supra*), párr. 119, donde se cita *Öcalan*, párr. 163 y *Selmouni*, párr. 101 (nota 46 *supra*).

<sup>152</sup> Véanse las conclusiones preliminares 4 y 7 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344), especialmente las conclusiones preliminares 4 y 7:

«4) Reconocimiento en principio de los acuerdos ulteriores y las prácticas ulteriores como medio de interpretación»

Todos los órganos judiciales examinados reconocen que los acuerdos ulteriores y las prácticas ulteriores, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a y b, de la Convención de Viena de 1969 son un medio de interpretación que deben tener en cuenta al interpretar y aplicar tratados. [...]

7) *La interpretación evolutiva y la práctica ulterior*

La interpretación evolutiva es una forma de interpretación orientada al fin. La interpretación evolutiva puede estar guiada por la práctica ulterior en un sentido limitado y en un sentido amplio.»



## CAPÍTULO IV

### Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medios de interpretación de un tratado

65. En el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 se reconoce «[t]odo acuerdo ulterior», y en el apartado *b* se admite «[t]oda práctica ulteriormente seguida» en ciertas condiciones como medios de interpretación de un tratado. La práctica ulteriormente seguida por una o más partes en un tratado también puede ser un medio de interpretación de conformidad con el artículo 32 de la Convención, aun cuando no se cumplan todas las condiciones del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*. Así pues, han de definirse los conceptos de «acuerdo ulterior» y de «práctica ulterior».

#### A. Acuerdo ulterior

66. El concepto de «acuerdo ulterior» plantea cuestiones sobre: *a*) su forma y su diferenciación de la «práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes»; *b*) su carácter relacional; *c*) el número necesario de partes; y *d*) su carácter ulterior.

#### 1. FORMA DE «TODO ACUERDO ULTERIOR» Y DIFERENCIAS CON LA «PRÁCTICA ULTERIORMENTE SEGUIDA [...] POR LA CUAL CONSTE EL ACUERDO DE LAS PARTES»

67. En el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 se utilizan las palabras «acuerdo ulterior» y no las palabras «tratado ulterior». Sin embargo, eso no significa que un «acuerdo ulterior» sea forzosamente menos formal que un «tratado». En tanto que, con arreglo a la Convención, un «tratado» ha de tener forma escrita (art. 2, párr. 1, apdo. *a*), en el derecho internacional general no existe ese requisito<sup>153</sup>. La palabra «acuerdo» en la Convención<sup>154</sup> y en el derecho internacional general tampoco supone cierto grado de formalidad. La Comisión ha explicado que el artículo 39 de la Convención, en el que se establece como norma general que «[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes» significa que «el acuerdo por el que se enmienda un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan»<sup>155</sup>. Los redactores de la Convención de Viena tampoco han previsto ningún requisito formal concreto para los acuerdos en el sentido dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b* de la Convención<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 112 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 80); véanse Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 81; Gautier, «Article 2», págs. 38 y ss.; y Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, págs. 49 y ss.; véase también Aust, «The theory and practice of informal international instruments», págs. 787 y 794 y ss.

<sup>154</sup> Véanse los artículos 2, párr. 1, apdo. *a*; 3; 24, párr. 2; 39 a 41; 58 y 60 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>155</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 255, párr. 4 del comentario al artículo 35; véanse Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, art. 39, pág. 513, párr. 7; y Sands, «Article 39», págs. 1536 a 1538, párrs. 31 a 34.

<sup>156</sup> El proyecto de artículo 27, párr. 3, apdo. *b*, de la Comisión, que posteriormente pasó a ser el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969, contenía la palabra «entendimiento», sustituida por «acuerdo» por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Australia señaló que esta modificación se refería

68. Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. Al interpretar un tratado, lo único que «habrá de tenerse en cuenta», sin que por ello sea vinculante, es precisamente el fin que se persigue mediante un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969<sup>157</sup>. En un informe posterior se examinará la cuestión de determinar cuándo un acuerdo ulterior entre las partes es vinculante y en qué circunstancias es meramente un medio de interpretación entre otros.

69. De todos modos, es necesario distinguir entre un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 y una «práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del apartado *b*. De lo contrario, todos los acuerdos establecidos por la práctica ulterior serían simultáneamente también un «acuerdo ulterior acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del apartado *a*.

70. Es de destacar antes que nada que, al distinguir entre «todo acuerdo ulterior» (art. 31, párr. 3, apdo. *a* de la Convención) y la «práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes» (apdo. *b*), la Comisión no se propuso señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos. En el comentario se explica que un «acuerdo ulterior» representa «una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado»<sup>158</sup> y se indica que la «práctica ulterior» constituye «análogamente» una «prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado»<sup>159</sup>. Esa explicación apunta a que la diferencia entre los dos conceptos estriba en el hecho de que un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que la «práctica ulterior» únicamente produce ese efecto si pone de manifiesto «el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos»<sup>160</sup>. Ello da a entender que un

«únicamente a su redacción» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7 (A/CONF.39/11), 31.ª sesión, pág. 186, párr. 59); Fox, «Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», pág. 63; véase también el caso *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 1045, opinión en disenso del magistrado Weeramantry, págs. 1159 y ss., párrs. 23 y ss.

<sup>157</sup> Sin embargo, véase la intervención de Ronald Bettauer, Asesor Jurídico Adjunto, Departamento de Estado de los Estados Unidos, en la reunión del Comité de Abogados sobre Política Nuclear, celebrada el 10 de octubre de 2006 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York en relación con el tema «¿Están cumpliendo los Estados Unidos el derecho internacional relativo a las armas nucleares?», en Cummins, *Digest of United States Practice in International Law 2006*, págs. 1260 y 1261.

<sup>158</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 14 *in fine*.

<sup>159</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>160</sup> *Ibid.*; Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pág. 294.

«acuerdo ulterior entre las partes» suele ser más fácil de probar que la «práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes»<sup>161</sup>.

71. La jurisprudencia de los tribunales internacionales y otros órganos jurisdiccionales muestra cierta renuencia a distinguir claramente entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. En el caso *Différend territorial* (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), la Corte Internacional de Justicia utilizó las palabras «actitudes ulteriores» para calificar a lo que posteriormente denominó «acuerdos ulteriores», así como «actitudes» unilaterales ulteriores<sup>162</sup>. En el caso *Souveranité sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior<sup>163</sup>. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte se refirió a «posiciones ulteriores» a fin de demostrar que «[l]os términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes»<sup>164</sup>. En el laudo *CME*, un tribunal constituido bajo el reglamento de la CNUDMI recordó la expresión «posición común» entre el Estado del inversor y el Estado demandado con objeto de confirmar su interpretación del tratado de inversiones sin considerarlo un caso relacionado con el artículo 31, párr. 3, apdos. *a* o *b*, de la Convención de Viena de 1969<sup>165</sup>. Análogamente los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no siempre distinguen con claridad entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior<sup>166</sup>.

72. El Panel del TLCAN abordó de manera más explícita en *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*<sup>167</sup> la cuestión de la distinción entre un

<sup>161</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), C.I.J. Recueil 1999, pág. 1087, párr. 63.

<sup>162</sup> Fallo, C.I.J. Recueil 1994, pág. 35, párrs. 66 y ss.

<sup>163</sup> Fallo, C.I.J. Recueil 2002, pág. 656, párr. 61; véase también C.I.J. Resúmenes 1997-2002, pág. 274.

<sup>164</sup> Fallo, C.I.J. Recueil 1997, pág. 77, párr. 138 (véase también C.I.J. Resúmenes 1997-2002, pág. 1); véase asimismo *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, competencia y admisibilidad, fallo, C.I.J. Recueil 1994, pág. 122, párr. 28 («conducta ulterior»).

<sup>165</sup> *CME Czech Republic B.V. (the Netherlands) v. The Czech Republic* (laudo definitivo), reglamento de arbitraje de la CNUDMI (14 de marzo de 2003), párr. 437.

<sup>166</sup> Véase «Directrices para la consignación en listas» en *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones* – Informe del Grupo Especial (2 de abril de 2004) (WT/DS204/R) y en *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas* – Informe del Órgano de Apelación (7 de abril de 2005) (WT/DS285/AB/R); para poder acogerse al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de 1981, véase *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»*, Informe del Grupo Especial, sin objeciones (8 de octubre de 1999) (WT/DS108/R). Véanse también Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Tokio, en *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado*, Informe del Grupo Especial, sin objeciones (17 de octubre de 1996) (WT/DS22/R) y una «exención» en *Banano III, Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD y Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, Informe del Órgano de Apelación (26 de noviembre de 2008) (WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW/USA).

<sup>167</sup> Véase la nota 38 *supra*; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina* (decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité), caso CIADI n.º ARB/97/3 (3 de octubre de 2001) [2004], *ICSID Reports*, vol. 6, pág. 334, párr. 12;

acuerdo ulterior en el sentido del apartado *a* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 y una práctica ulterior en el sentido del apartado *b*. En este caso, los Estados Unidos afirmaron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada uno de los tres miembros del TLCAN constituirían, en su conjunto, un acuerdo ulterior<sup>168</sup>. En una primera etapa, el Panel consideró que no había pruebas suficientes para determinar la existencia de un acuerdo ulterior:

El demandado sostiene que existe ese «acuerdo ulterior» y se remite a sus propias afirmaciones sobre la cuestión, realizadas ante este Tribunal y otros órganos; a la comunicación presentada por México de conformidad con el artículo 1128 en relación con el presente arbitraje; y a las afirmaciones hechas por el Canadá sobre la cuestión, primeramente en relación con la aplicación del TLCAN y después en su contra memoria en el caso *Myers*.

Todo esto indica ciertamente que está próximo un acuerdo, aunque, para el Tribunal, todo esto no llega al nivel de un «acuerdo ulterior» de las partes en el TLCAN. [...] El Tribunal considera que no existe ningún «acuerdo ulterior» sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31 *a*) de la Convención de Viena<sup>169</sup>.

73. Sin embargo, en una segunda etapa el Panel consideró que las propias pruebas constituían una práctica ulterior pertinente:

La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿existe una «práctica ulterior» por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31 *b*)? El Tribunal considera que existe. Aunque, para el Tribunal, no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones», las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, sin embargo, existe una «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado...»<sup>170</sup>.

74. Esa jurisprudencia da a entender que la distinción entre un «acuerdo ulterior» y una «práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes» en el sentido del artículo 31, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969 apunta a una norma probatoria diferente a los efectos de la determinación de la manifestación «auténtica» de la voluntad de las partes. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se diferencian en función de que puede identificarse una posición común como tal en una expresión común o de que sea necesario identificar indirectamente un acuerdo a través de un comportamiento particular o de circunstancias particulares. A este respecto, ha de manifestarse como tal un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención, aunque no necesariamente por escrito<sup>171</sup>, en tanto que una «práctica ulterior» abarca todas las

véase también M. Fitzmaurice y Merkouris, «Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», págs. 217 a 233.

<sup>168</sup> *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (véase la nota 38 *supra*), párrs. 174 a 177.

<sup>169</sup> *Ibid.*, párrs. 186 y 187.

<sup>170</sup> *Ibid.*, párr. 188; en un sentido similar: *Aguas del Tunari SA c/ República de Bolivia* (tratado bilateral de inversión (TBI) Países Bajos-Bolivia) (decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado), caso CIADI n.º ARB/02/3 (21 de octubre de 2005), *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n.º 2, tercer trimestre de 2006, pág. 528, párr. 251; *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)* (nota 112 *supra*), pág. 110, párr. 180.

<sup>171</sup> Sorel y Boré Eveno, «Article 31», págs. 1320 y 1321, párr. 43; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 209.

demás formas de comportamiento ulterior pertinente de una o más de las partes en un tratado cuando ello contribuya a la manifestación de un acuerdo de las partes en relación con la interpretación del tratado.

75. Así pues, si bien una «práctica ulterior» puede contribuir a identificar un acuerdo entre las partes, esa práctica no es el acuerdo propiamente dicho. Sin embargo, no se excluye que coincidan la «práctica» y el «acuerdo» y que no puedan distinguirse entre sí a partir de indicios externos. Eso explica por qué se utiliza con frecuencia la expresión «práctica ulterior» en el sentido de una categoría general más amplia que abarca los dos medios de interpretación a los que se refiere el artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b* de la Convención de Viena de 1969<sup>172</sup>. Ese concepto amplio de la «práctica ulterior», aunque es perfectamente posible en teoría, neutralizaría, sin embargo, la distinción que contiene la Convención y que sirve para alertar a los Estados y otros encargados de aplicar la ley sobre los diferentes tipos de comportamiento interpretativo ulterior pertinente de las partes.

## 2. CARÁCTER RELACIONAL

76. Ha de concertarse un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 «acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» y que sea, por consiguiente, relacional. Mediante tal acuerdo, las partes han de proponerse, posiblemente entre otros objetivos, aclarar el sentido de un tratado o indicar cómo ha de aplicarse el tratado<sup>173</sup>.

77. Frecuentemente puede reconocerse una referencia «acerca [...] del tratado» mediante alguna indicación de la subordinación del «acuerdo ulterior» al tratado al que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado ulterior que contenga un acuerdo acerca del significado de un tratado anterior entre las mismas partes. En el caso *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia examinó si un «tratado ulterior» entre las partes «en la misma esfera» podía utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior, aunque rechazó esa posibilidad porque el último tratado no se «refería» en modo alguno al tratado anterior<sup>174</sup>. En el caso *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), el magistrado *ad hoc* Guillaume se refirió a la práctica real del turismo en el río San Juan de conformidad con un memorando de entendimiento entre los dos Estados<sup>175</sup>. No obstante, la cuestión que se plantea es determinar si las

partes entendieron que ese memorando de entendimiento concreto servía para interpretar el tratado de límites que se estaba examinando. Así pues, incluso un acuerdo expreso entre las partes no es necesariamente un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 si no está suficientemente relacionado con el tratado que se examina.

78. A los efectos de la actual definición, no es necesario desarrollar de manera más concreta el carácter relacional de un «acuerdo ulterior». Eso se hará en una etapa posterior.

## 3. NÚMERO DE PARTES

79. Un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 es un acuerdo entre «las partes», esto es, entre todas las partes en el tratado (art. 2, párr. 1, apdo. *g*, de la Convención). Sin embargo, eso no significa necesariamente que la expresión «acuerdo ulterior», considerada en sí misma e independientemente del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, se limite, a los efectos de la interpretación de los tratados, a los acuerdos entre todas las partes en un tratado. De hecho, también hay ejemplos de acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado en relación con su interpretación.

80. Los tratados con el mayor número de miembros se aplican en ocasiones mediante ulteriores acuerdos bilaterales o regionales. Esos acuerdos suelen incluir afirmaciones sobre la interpretación permisible del propio tratado subyacente («bilateralismo en serie») <sup>176</sup>. El Convenio sobre Aviación Civil Internacional es un ejemplo de esa forma de aplicación posterior mediante acuerdos bilaterales dentro de un marco convencional multilateral. Desde la entrada en vigor de ese Convenio, se han concertado entre 3.000 y 4.000 acuerdos de servicios aéreos o acuerdos de transporte aéreo<sup>177</sup>. Este sistema bilateral ha sido descrito como una «compleja red de [...] acuerdos de servicios aéreos interconectados»<sup>178</sup> que «evolucionó a través de la práctica ulteriormente seguida por los Estados»<sup>179</sup>. Esos tratados bilaterales no son, por sí mismos, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969, dado que únicamente son concertados por un número limitado de partes en el tratado multilateral. No obstante, si se consideran en su conjunto y son suficientemente coherentes y generalizados, pueden constituir un acuerdo entre todas las partes en relación con el significado y alcance de una disposición del tratado multilateral respectivo.

81. ¿Deben ser considerados esos acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado en relación

<sup>172</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentina c. Uruguay), medidas precautorias, providencia de 13 de julio de 2006, C.I.J. *Recueil* 2006, pág. 113, párr. 53: en esta causa, incluso un acuerdo verbal expreso ulterior ha sido calificado por una de las partes como «práctica ulterior» (véase también C.I.J. *Resúmenes* 2003-2007, pág. 182).

<sup>173</sup> OMC, *Estados Unidos – Atún II (México)* (véase la nota 79 *supra*), párrs. 366 a 378, en esp. párr. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 164 y ss.

<sup>174</sup> *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, fallo, C.I.J. *Recueil* 1993, pág. 51, párr. 28.

<sup>175</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), fallo, C.I.J. *Recueil* 2009, declaración del magistrado *ad hoc* Guillaume, págs. 290 y 298 a 299, párr. 16.

<sup>176</sup> La expresión está tomada de Benvenisti y Downs, «The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law», págs. 610 y 611.

<sup>177</sup> Véase Bowen, «The Chicago International Civil Aviation Conference», págs. 308, 309 y ss.

<sup>178</sup> Departamento de Infraestructura y Desarrollo Regional, Australia, «The Bilateral System – how international air services work» ([www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral\\_system.aspx](http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx)).

<sup>179</sup> Havel, *Beyond Open Skies. A New Regime for International Aviation*, pág. 10.

con su interpretación un «acuerdo ulterior» (en sentido amplio) o debe circunscribirse la utilización de la expresión «acuerdo ulterior» a los acuerdos concertados «entre [todas] las partes» en tratado, según lo dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969? Se trata en definitiva de una cuestión de conveniencia terminológica, dado que la respuesta a esta pregunta no entraña una conclusión en relación con el valor de un «acuerdo ulterior» entre un número limitado de Estados partes a los efectos de la interpretación del tratado. Por consiguiente, en teoría es posible distinguir entre, por un lado, un acuerdo (ulterior) entre un número limitado de partes en relación con la interpretación de un tratado y, por otro, acuerdos (ulteriores) en relación con la interpretación de un tratado entre todas las partes en el tratado. Esa distinción no sería contraria a lo dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención, dado que dicha disposición únicamente se refiere a la segunda opción, sin excluir la posibilidad de que la primera sea un medio complementario de interpretación con arreglo al artículo 32 la Convención u otro instrumento.

82. Sin embargo, en definitiva es más conveniente, a los efectos del presente proyecto, limitar la utilización de la expresión «acuerdo ulterior» a los acuerdos entre todas las partes en un tratado cuando se manifiesten en un acuerdo individual (o en un acto en relación con el cual estén de acuerdo todas las partes, cualquiera que sea su forma)<sup>180</sup>. El ejemplo de los acuerdos de servicios aéreos bilaterales pone de manifiesto que un grupo de diferentes acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado multilateral también puede ser considerado una serie de diferentes elementos objetivos —una «práctica ulterior»— que conjuntamente sirvan para que «conste el acuerdo de las partes acerca de» la interpretación del tratado en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969.

83. Un grupo de diferentes acuerdos entre un número limitado de partes no es un acuerdo individual, tal como indica la expresión «todo acuerdo ulterior» del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969. En aras de la claridad terminológica, el concepto de «acuerdo ulterior» debe circunscribirse a los acuerdos individuales entre todas las partes, tal como se indica en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*. Los acuerdos ulteriores (en un sentido amplio) entre un número limitado de partes pueden tener un valor interpretativo como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención, pero, en este caso, son una forma de «práctica ulterior» (en un sentido amplio) que no sirve (aún) para constatar el acuerdo de todas las partes (véase los párrafos 92 a 110 *infra*).

#### 4. «ULTERIOR»

84. La Comisión ha explicado que la expresión «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 se refiere

<sup>180</sup> Véanse OMC, *Estados Unidos – Atún II (México)* (véase la nota 79 *supra*), WT/DS381/AB/R, párr. 371; Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010), RC/Res. 6, anexo III, aprobada en la 13.ª sesión plenaria, celebrada el 11 de junio de 2011; y, en general, Barriga y Groover, «A historic breakthrough on the crime of aggression». Este aspecto se examinará con más detalle en un informe posterior.

únicamente a los alcanzados «después de la celebración del tratado»<sup>181</sup>. Ese momento concreto no es necesariamente el momento en que el tratado ha entrado en vigor (art. 24). Los artículos 18 y 25 muestran que un tratado puede ser ya considerado «concluido» a ciertos efectos antes de su entrada en vigor real. En tales casos, el momento pertinente es cuando se constata que el texto del tratado es definitivo<sup>182</sup>.

85. Ese momento concreto también es apropiado para determinar el momento a partir del que un acuerdo puede considerarse «ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969. Sería difícil conocer la razón por la que no debería ser tan pertinente a los efectos de interpretar que es un acuerdo concertado después de la entrada en vigor del tratado un acuerdo entre las partes que se concierta entre el momento en que el texto del tratado se ha establecido como definitivo y la entrada en vigor del tratado. Ello está en consonancia con el régimen de las reservas de los artículos 19 a 23 de la Convención y con las normas sobre las declaraciones interpretativas, que son *lex specialis*<sup>183</sup>.

86. La cuestión de determinar desde cuándo un acuerdo es «ulterior» ha de distinguirse de la cuestión de determinar el momento concreto a partir del cual el acuerdo está operativo entre las partes como medio de interpretación del tratado. Ello depende del momento en que cada uno de los Estados que han alcanzado el acuerdo pasa realmente a ser «parte» en el tratado, esto es, «un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor» (art. 2, párr. 1, apdo. *g*, de la Convención de Viena de 1969).

87. Los «acuerdos» e «instrumentos»<sup>184</sup> que «haya[n] sido concertado[s] [...] con motivo de la celebración del tratado» (art. 31, párr. 2, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969) pueden concertarse antes o después del momento en que el texto del tratado se considere definitivo<sup>185</sup>. Si se conciertan después de ese momento, tales «acuerdos» e «instrumentos» convenidos constituyen modalidades especiales de «acuerdos ulteriores».

#### 5. ACUERDOS INTERPRETATIVOS DE CONFORMIDAD CON UNA DISPOSICIÓN CONCRETA DE UN TRATADO

88. Ciertas disposiciones de tratados, como el artículo IX, párr. 2, del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, prevén que las partes, en determinadas circunstancias, pueden adoptar una interpretación más o menos vinculante respecto de algunas o todas las disposiciones del tratado. Los efectos jurídicos de las decisiones de las partes de conformidad con tales disposiciones se rigen, en primer lugar, por las disposiciones

<sup>181</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 14.

<sup>182</sup> *Yearbook... 1951*, vol. II, págs. 70 y ss.; *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 112; Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», pág. 465: «En sentido estricto, es la negociación la que se concluye mediante un tratado»; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*

<sup>183</sup> Véase *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte).

<sup>184</sup> Pueden incluir declaraciones unilaterales si la otra parte no se opone; véase Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *BVerfGE*, vol. 40, pág. 176; véase también, en general, Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 215 y 216.

<sup>185</sup> Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 1271, párr. 632.

específicas del respectivo tratado. Sin embargo, eso no impide que, al mismo tiempo, tales decisiones constituyan un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969. Eso ha sido reconocido, por ejemplo, por un panel del TLCAN en el caso *Methanex*. Ese caso se refería a una disposición (el artículo 1105 del TLCAN) respecto de la cual las partes en el TLCAN habían adoptado una «nota interpretativa» («Nota de la Comisión de Libre Comercio») de conformidad con el artículo 1131, párr. 2, del TLCAN, nota según la que la Comisión (intergubernamental) de Libre Comercio puede adoptar una interpretación de una disposición del TLCAN que sea obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con el capítulo XI:

Dejando al margen los efectos del artículo 1131 2) del TLCAN, la interpretación de la Comisión Federal de Comercio también ha de examinarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 3) *a*) de la Convención de Viena, ya que constituye un acuerdo ulterior entre las partes en el TLCAN sobre la interpretación del artículo 1105 del TLCAN<sup>186</sup>.

89. Aunque la Nota de la Comisión Federal de Comercio ha sido objeto de una reacción dispar por parte de algunos paneles establecidos en virtud del capítulo 11<sup>187</sup>, los paneles no han cuestionado en general que una decisión adoptada de conformidad con el artículo 1131, párr. 2, del TLCAN pueda, en principio, constituir simultáneamente un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969. Análogamente, el Órgano de Apelación de la OMC ha sostenido lo siguiente en *Comunidades Europeas – Banano III*:

A nuestro entender, una interpretación multilateral de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC puede equipararse a un acuerdo ulterior acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones conforme al apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, por lo que respecta a la interpretación de los Acuerdos de la OMC.

[...]

Observamos asimismo que la Comisión de Derecho Internacional («CDI»), en su comentario acerca de los proyectos de artículos sobre el derecho de los tratados, describe un acuerdo ulterior en el sentido del apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena como «otro elemento auténtico de interpretación que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto». A nuestro juicio, la CDI, al referirse a la «interpretación auténtica», entiende que el apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado. En el contexto de la OMC, las interpretaciones multilaterales adoptadas conforme al párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC son muy parecidas a los acuerdos ulteriores en el sentido del apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>188</sup>.

90. Sin embargo, eso no significa que toda decisión o todo acuerdo de las partes de conformidad con una disposición concreta de un tratado que tenga consecuencias para

<sup>186</sup> *Methanex Corporation y United States of America* (laudo definitivo del Tribunal sobre jurisdicción y fondo), reglamento de arbitraje de la CNUDMI y TLCAN, cap. 11 (3 de agosto de 2005), parte II, cap. H, párr. 23.

<sup>187</sup> *Pope and Talbot y Canada* (laudo sobre el fondo de la fase 2), reglamento de arbitraje de la CNUDMI y TLCAN, cap. 11 (10 de abril de 2001), párrs. 46 y ss.; *ADF Group Inc. y United States of America* (laudo), arbitraje del CIADI con arreglo al capítulo 11 del TLCAN, caso n.º ARB(AF)/00/1 (9 de enero de 2003), párr. 177; Brower, «Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105», págs. 349 y 350 con más citas; Roberts, «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States».

<sup>188</sup> *Comunidades Europeas – Banano III* (nota 166 *supra*), párrs. 383 y 390.

la interpretación sea forzosamente también un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969. No obstante, a los efectos definitorios actuales, es suficiente con destacar que un acuerdo ulterior en el sentido de esa disposición no tiene por qué ser forzosamente independiente, sino que también puede figurar en el propio tratado.

## B. Práctica ulterior

91. Al igual que en el caso del «acuerdo ulterior», el concepto de «práctica ulterior» plantea varias cuestiones desde el punto de vista de la definición. Las más importantes son las siguientes: *a*) si la expresión debe entenderse de manera restringida o amplia; *b*) el carácter «relacional» de la práctica ulterior; *c*) el significado de «ulteriormente seguida»; y *d*) quiénes son los agentes pertinentes.

### 1. ¿DEFINICIÓN RESTRINGIDA O AMPLIA?

92. En *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*<sup>189</sup>, el Órgano de Apelación de la OMC ha establecido una definición restringida de la práctica ulterior a los efectos de la interpretación de los tratados:

[L]a práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie «concordante, común y coherente» de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que leve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación<sup>190</sup>.

93. Esa definición no se limita a describir la «práctica ulteriormente seguida» por las partes en la aplicación del tratado propiamente dicho, sino que también agrega otros elementos que figuran en el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969, en particular «el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado». La definición da a entender que solo la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» puede ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o más de las partes. No obstante, esa sugerencia puede inducir a error. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, e incluso la jurisprudencia de la propia OMC, demuestran que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención no es la única modalidad de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación de un tratado que resulta pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Ello conduce a la conclusión de que la «práctica ulteriormente seguida» en la aplicación de un tratado por una o más partes debe distinguirse de la cuestión de si esa «práctica ulteriormente seguida» sirve para que «conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado».

### *a) Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales*

94. Los tribunales internacionales distinguen entre la «práctica ulterior» convenida en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969, por

<sup>189</sup> Véase la nota 31 *supra* e Informe del Grupo Especial (11 de julio de 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R.

<sup>190</sup> OMC, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* (véase la nota 31 *supra*), pág. 16, secc. E.

una parte, y la práctica ulterior en un sentido más amplio por una o más de las partes en el tratado, que también puede ser pertinente a los efectos de la interpretación.

95. En el caso *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia consideró que un informe de un experto técnico que había sido encargado por una de las partes y que «había seguido siendo en todo momento un documento interno»<sup>191</sup>, aunque no representaba «una práctica ulterior por la cual consta el acuerdo de las partes en el sentido del» artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969, podía no obstante, respaldar las conclusiones a que había llegado la Corte por otros medios e interpretación<sup>192</sup>. Lo mismo cabía decir respecto de las «conclusiones fácticas a que llegaron por separado las partes interesadas» y «que se manifestaron de manera coincidente en un informe conjunto»<sup>193</sup>. Ciertamente esa práctica interpretativa ulteriormente seguida de carácter unilateral o paralelo no tiene el mismo peso que la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de todas las partes y, por consiguiente, no puede constituir una interpretación «auténtica» de un tratado por sus partes.

96. Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en un sentido amplio<sup>194</sup>. Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios podían adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y estaban legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el tribunal que estaba examinando el caso *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* manifestó que:

La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. [...] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada [...] entre otros ejemplos, demuestran una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales<sup>195</sup>.

97. En algunas causas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha remitido al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 sin señalar ningún acuerdo entre las partes en relación con la respectiva práctica ulterior. Así, el Tribunal afirmó en el caso *Loizidou* que su interpretación se veía «confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes»<sup>196</sup>, esto es, la prueba de una «práctica que denota prácticamente un acuerdo universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 de la Convención no permiten restricciones territoriales o sustantivas»<sup>197</sup>.

<sup>191</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *C.I.J. Recueil* 1999, pág. 1078, párr. 55.

<sup>192</sup> *Ibid.*, pág. 1096, párr. 80.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis», pág. 345.

<sup>195</sup> *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Tratado Estados Unidos/Argentina) (Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción), caso n.º ARB/01/8 del CIADI (17 de julio de 2003), párr. 47; véase también *ICSID Reports*, vol. 7, pág. 492.

<sup>196</sup> *Loizidou* (véase la nota 42 *supra*), párr. 79.

<sup>197</sup> *Ibid.*, párr. 80; es de destacar que el Tribunal describió «esa práctica de los Estados» como «uniforme y coherente» (*ibid.*, párr. 82) pese al hecho de que había reconocido que ambos Estados constituían probablemente excepciones (Chipre y el Reino Unido, cualquiera que sea su significado).

98. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado más frecuentemente, aunque de manera no necesariamente uniforme, en la práctica ulteriormente seguida por los Estados al referirse a la legislación nacional e incluso a la práctica administrativa interna como medios de interpretación: desde el caso *Tyrer* el Tribunal ha solido dar a sus interpretaciones «dinámicas» o «evolutivas» una dirección al describir la práctica ulteriormente seguida por los Estados (y otras entidades) y basarse en ella<sup>198</sup>. En función de los resultados de su análisis —consenso, no consenso o una mayoría o tendencia suficientemente calificada— el Tribunal procede a realizar o no una interpretación dinámica. En las causas *Demir y Baykara*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que «[e]n cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con las autoridades»<sup>199</sup> y que «las demás excepciones puede justificarse únicamente por circunstancias particulares»<sup>200</sup>. Por otra parte, en el caso *Koch*, el Tribunal destacó que las partes contratantes estaban «lejos de haber alcanzado un consenso» en relación con el hecho de permitir la asistencia al suicidio y, por ello, se negó a limitar su margen de apreciación mediante la adopción de una interpretación evolutiva<sup>201</sup>. Por último, en el caso *SH et autres*, el Tribunal señaló que un «el surgimiento de un consenso» no era suficiente por sí mismo para restringir el margen de apreciación de los Estados miembros a los efectos de permitir o no donaciones de gametos para la fertilización *in vitro*<sup>202</sup>.

99. Incluso en los casos infrecuentes en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos han tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes<sup>203</sup>, no han limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire*, la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento del que resultase la muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4, párr. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era «útil proporcionar algunos ejemplos a este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte. En estos es bien conocida la graduación de las hipótesis de privación de la vida según la gravedad que cada una reviste: del homicidio simple al parricidio. En

<sup>198</sup> Véase la nota 46 *supra*.

<sup>199</sup> *Demir et Baykara* (véase la nota 42 *supra*), párr. 52.

<sup>200</sup> *Ibid.*, párr. 151; análogamente *Jorgic c. Allemagne*, demanda n.º 74613/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2007-III, párr. 69; *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, Série A, n.º 264, párr. 35; A. c. *Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-X, párrs. 80 y 83.

<sup>201</sup> *Koch c. Allemagne*, demanda n.º 497/09 (19 de julio de 2012), párr. 70.

<sup>202</sup> *SH et autres c. Autriche* [Gran Sala], demanda n.º 57813/00 (3 de noviembre de 2011), *Recueil des arrêts et décisions* 2011-V, párr. 96; véase también *Stummer v. Austria* [Gran Sala], demanda n.º 37452/02 (7 de julio de 2011), *ibid.*, párrs. 105 a 109 y 129 a 132, en que el Tribunal observó asimismo únicamente una «tendencia evolutiva» (*ibid.*, párr. 105) y, al no detectar un «consenso europeo» (*ibid.*), se negó a realizar una interpretación dinámica.

<sup>203</sup> Véase más arriba, en esp. párr. 39.

todos ellos, diversas punibilidades corresponden a diversas gravedades»<sup>204</sup>.

100. Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior cuando esta procede de la justificación de una injerencia en los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párr. 3, del Pacto (restricciones permisibles a la libertad de expresión), el Comité examinó la práctica pertinente de los Estados. Sobre la base de la observación de que «se aplican restricciones análogas en muchos países»<sup>205</sup>, el Comité consideró que el objetivo perseguido por la legislación impugnada no quedaba fuera de los objetivos legítimos del artículo 19, párr. 3, del Pacto<sup>206</sup>. No obstante, cuando tiene en cuenta la práctica ulterior, el Comité lo hace mediante una evaluación sumaria y no facilita referencias concretas<sup>207</sup>.

101. El TIDM se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si mediante esa práctica constaba realmente un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado. En el asunto «SAIGA» (n.º 2), por ejemplo, el Tribunal examinó la práctica de los Estados en relación con el derecho a la legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Tomando como base la «práctica normalmente seguida para detener un buque», el Tribunal no especificó la práctica respectiva de los Estados, sino que dio por sentado que existía una determinada norma general<sup>208</sup>. En los casos *Thon à nageoire bleue*, el Tribunal consideró que la práctica seguida por las partes con arreglo al Convenio para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur era pertinente para evaluar el alcance con que los Estados habían cumplido sus obligaciones con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>209</sup>. Así pues, teniendo en cuenta la práctica de otro tratado con diferentes partes, el Tribunal ha utilizado la práctica (ulteriormente seguida) en el marco de un tratado diferente que no abarca a todas las partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>210</sup>.

102. En el fallo *Jelisić*, se describe el enfoque metodológico global de los tribunales penales internacionales.

<sup>204</sup> *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tabago* (véase la nota 94 *supra*) (voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez), párr. 12.

<sup>205</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/60/40), Jong-Cheol c. República de Corea* (27 de julio de 2005), comunicación n.º 968/2001, pág. 67, párr. 8.3.

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> Véase un caso similar en *Yoon c. República de Corea* (nota 56 *supra*), párr. 8.4; en este caso, la Sra. Wedgwood, miembro del Comité, en su voto disidente, criticó el enfoque de este por considerar que mostraba una perspectiva selectiva (*ibid.*, pág. 211).

<sup>208</sup> «SAIGA» (n.º 2) (véase la nota 97 *supra*), pág. 62, párr. 156; véase también *ibid.*, pág. 61, párr. 155. Véase asimismo el caso «*Tomimaru*» (Japón v. Federación de Rusia), pronta liberación, fallo, caso n.º 15, TIDM, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 2007*, pág. 96, párr. 72.

<sup>209</sup> *Thon à nageoire bleue* (Nueva Zelandia c. Japón; Australia c. Japón), medidas provisionales, providencia de 27 de agosto de 1999), casos n.ºs 3 y 4, TIDM, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1999*, pág. 294, párr. 50.

<sup>210</sup> *Ibid.*, pág. 293, párr. 45.

En relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la práctica generada en su marco,

la Sala de Primera Instancia [...] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. [...] La Sala de Primera Instancia también tuvo en cuenta la práctica ulterior basada en la Convención. Se atribuyó especial importancia a los fallos dictados por el Tribunal para Rwanda [...]. También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente la de sus tribunales nacionales, y la labor de las autoridades internacionales en esa esfera<sup>211</sup>.

103. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha tenido en cuenta formas incluso más generales de práctica de los Estados, incluidas tendencias en la legislación de los Estados Miembros que, a su vez, pueden dar lugar a una nueva interpretación del alcance de los delitos o de sus componentes<sup>212</sup>.

#### b) *Jurisprudencia de los órganos judiciales de la OMC*

104. Incluso los órganos judiciales de la OMC distinguen ocasionalmente entre la «práctica ulterior» que se ajusta a todas las condiciones del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 y otras formas de práctica ulterior en relación con la aplicación de un tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en el caso *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*<sup>213</sup> (no se presentó una apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la «doctrina de las pequeñas excepciones» relativa a los pagos por concepto de regalías<sup>214</sup>. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y destacó lo siguiente:

[R]ecordamos que en el párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación *a*) todo acuerdo ulterior, *b*) toda práctica ulterior, o *c*) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones<sup>215</sup>.

Además, el Grupo Especial agregó la siguiente nota como precaución:

Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una «práctica seguida ulteriormente» en el sentido del apartado *b*) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>216</sup>.

<sup>211</sup> *Jelisić* (véase la nota 64 *supra*), párr. 61; análogamente *Krstić* (véase también la nota 64 *supra*), párr. 541.

<sup>212</sup> *Furundžija* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 165 y ss. y 179.

<sup>213</sup> *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, Informe del Grupo Especial (15 de junio de 2000), WT/DS160/R.

<sup>214</sup> Véase Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), art. 9, párr. 1.

<sup>215</sup> *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, Informe del Grupo Especial (véase la nota 213 *supra*), párr. 6.55.

<sup>216</sup> *Ibid.*, nota 68.



105. Otro ejemplo de utilización de la práctica ulterior en un sentido amplio se da en el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, en el que el Órgano de Apelación criticó al Grupo Especial por no haber tenido en cuenta ciertas decisiones adoptadas por el Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) como práctica pertinente ulteriormente seguida:

Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones [...]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX<sup>217</sup>.

106. Así, si se realiza un examen más a fondo, se observa que la jurisprudencia de los órganos de solución de controversias de la OMC distingue entre una definición restringida que establece las condiciones en que la «práctica ulterior» es totalmente pertinente en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969 y un concepto más amplio de la práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado<sup>218</sup>. Esa práctica ulterior en un sentido amplio puede entonces ser pertinente como medio complementario de interpretar un tratado en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.

### c) Conclusiones

107. En la jurisprudencia de los tribunales internacionales, incluido el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, se reconoce que no solamente la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» puede ser pertinente a los efectos de la interpretación, sino posiblemente también otra práctica ulteriormente seguida que no se hace eco de ningún acuerdo sobre la interpretación por todas las partes. Así pues, el concepto de «práctica ulterior» debe definirse en sentido amplio. Una definición restringida, como la del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – bebidas alcohólicas II*<sup>219</sup>, puede ser útil para reconocer una interpretación totalmente convenida y auténtica de un tratado en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969. La toma en consideración de otra práctica convencional por los Estados a los efectos

de la interpretación no debe excluirse desde un primer momento, dado que, en algunas situaciones, puede servir como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. Esa utilización de la práctica ulterior (en sentido amplio) debe, no obstante, mantenerse siempre dentro del límite del principio de que la interpretación de un tratado no es discrecional y de que «[l]a opinión de un Estado no es fuente de derecho internacional»<sup>220</sup>. La distinción entre la práctica ulterior convenida en el sentido restringido del artículo 31, párr. 3, apdo. b, de la Convención de Viena y el resto de la práctica ulterior (en un sentido amplio) sirve entonces para indicar que ha de atribuirse a la primera de ellas un mayor valor interpretativo.

108. La distinción entre la práctica ulterior (convenida) en el sentido restringido del artículo 31, párr. 3, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969 y la práctica ulterior en un sentido amplio en cualquier caso concreto de interpretación o aplicación de un tratado por una de las partes también sirve para responder a la cuestión de si la «práctica ulterior» exige una actuación repetida con alguna frecuencia<sup>221</sup> o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez<sup>222</sup>. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha considerado que «[u]n acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulterior, sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes»<sup>223</sup>.

109. No obstante, si el concepto de práctica ulterior se divulga a partir de un posible acuerdo entre las partes, tal como reconocen los órganos judiciales internacionales, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de «práctica ulterior»<sup>224</sup>.

110. Así pues, la «práctica ulterior» en sentido amplio abarca toda aplicación del tratado por una o más partes. Puede revestir diversas formas<sup>225</sup>. La práctica puede consistir en una aplicación directa del tratado respectivo o ser una declaración relativa a la interpretación o la aplicación del tratado. Esa práctica puede incluir declaraciones oficiales del significado del tratado, protestas por el incumplimiento o un consentimiento tácito respecto de las declaraciones o actos de otras partes<sup>226</sup>.

## 2. CARÁCTER RELACIONAL

111. Al igual que en el caso de un acuerdo ulterior de conformidad con el artículo 31, párr. 3, apdo. a, de la Convención de Viena de 1969, la práctica ulterior ha de darse

<sup>217</sup> *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 78 *supra*), párr. 90; véase también Van Damme, *Treaty Interpretation by the OMC Appellate Body*, pág. 342.

<sup>218</sup> Véase también OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, Informe del Órgano de Apelación (29 de junio de 2012), WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, párr. 452.

<sup>219</sup> Véase el párrafo 92 y la nota 31 *supra*. El Órgano de Apelación ha tomado la fórmula de una publicación de Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 137), quien se basa en la formulación similar en francés realizada por Yasseen («L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», págs. 48 y 49), exmiembro de la Comisión, quien se había basado en elementos de la labor de la Comisión; sin embargo, esta definición nunca fue adoptada por la Comisión ni por la Corte Internacional de Justicia.

<sup>220</sup> *Sempra Energy International y República Argentina* (nota 75 *supra*), párr. 385, véase también *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. y República Argentina* (laudo) (nota 75 *supra*), párr. 337; OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)* (nota 76 *supra*), párr. 7.953 y nota 2420.

<sup>221</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, pág. 431.

<sup>222</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, pág. 166.

<sup>223</sup> *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* (nota 31 *supra*), pág. 16.

<sup>224</sup> Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, págs. 506 y ss.

<sup>225</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 238.

<sup>226</sup> Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 114 y ss.



«en la aplicación del tratado». Ello es así no solo en el caso de la práctica ulterior que se convenga de conformidad con el apartado *b* del mismo artículo, sino también en el caso de la práctica ulterior en general. Así, la actuación o el silencio pertinente<sup>227</sup> ha de tenerse en cuenta al aplicar el tratado, incluida la invocación de las disposiciones del tratado; lo mismo cabe decir respecto de los pronunciamientos sobre el tratado en el transcurso de una controversia jurídica o en una conferencia diplomática; las comunicaciones oficiales a que haya dado lugar el tratado; o la promulgación de legislación nacional o la concertación de nuevos acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado.

112. No obstante, es de destacar que un Panel del TLCAN ha negado que la legislación nacional pueda utilizarse como medio de interpretación:

Finalmente, a la luz del hecho de que ambas partes se han referido a su legislación nacional sobre transporte terrestre, el Panel considera conveniente referirse al artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Esa disposición instruye al Panel para no examinar las leyes nacionales, sino la legislación internacional aplicable. Por tanto, no deben utilizarse en la interpretación del TLCAN la legislación de Estados Unidos ni la legislación de México. Si se hiciera, se aplicaría un marco legal inadecuado<sup>228</sup>.

113. Aunque la norma que contiene el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 es ciertamente válida e importante, de ella no se infiere que el derecho nacional no pueda tenerse en cuenta como posible instrumento de interpretación en forma de práctica estatal ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. Otros órganos judiciales internacionales, particularmente en el contexto de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han reconocido y distinguido sistemáticamente entre la legislación nacional (y otras medidas de aplicación en el plano nacional) que viola las obligaciones de un tratado y la legislación y las medidas que pueden servir para interpretar el tratado<sup>229</sup>.

<sup>227</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15; casos *Temple de Préah Vihéar* (Camboya c. Tailandia), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 23; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 410, párr. 39 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188); *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977), Naciones Unidas, RSA, vol. XXI, parte II, párrs. 168 y 169 (en español, véase Chile, *Controversia en la región del Canal Beagle. Laudo arbitral*, Ginebra, 1977). El papel del silencio se explicará con más detalle en el siguiente informe sobre el tema.

<sup>228</sup> TLCAN, *Servicios de transporte transfronterizo* (nota 85 *supra*), párr. 224.

<sup>229</sup> Véanse, por ejemplo, OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, Informe del Grupo Especial (nota 213 *supra*), párr. 6.55; OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, Informe del Grupo Especial (1 de octubre de 2008), WT/DS350/R; OMC, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, Informe del Órgano de Apelación (11 de marzo de 2011), WT/DS379/AB/R, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (véase la nota 195 *supra*), párr. 47; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *V. c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 24888/94, *Recueil des arrêts et décisions 1999-IX*, párr. 73; *Kart c. Turquie* [Gran Sala], demanda n.º 8917/05 (13 de diciembre de 2009), *ibíd.*, 2009, párr. 54; *Sigurjónsson* (nota 200 *supra*), párr. 35; *A. c. Royaume-Uni* (nota 200 *supra*), párr. 80.

114. La práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado debe, por una parte, distinguirse de otros factores ulteriores menos inmediatos que pueden o no tener influencia en la interpretación de un tratado. Ello es así porque los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes «acerca de la interpretación del tratado» pueden, por lo menos en teoría, contribuir a configurar un elemento «auténtico» de la interpretación del tratado. Aunque en definitiva puede que no exista una clara línea divisoria entre la práctica ulteriormente seguida por las partes referida concretamente a un tratado y la práctica que guarda cierta relación significativa con ese tratado, sin embargo tiene sentido distinguir entre ambas categorías. Únicamente el comportamiento que tengan las partes «acerca de la interpretación del tratado» debe considerarse una contribución «auténtica» a la interpretación.

115. No siempre resulta fácil distinguir, por una parte, entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior y, por otra, «[t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (art. 31, párr. 3, apdo. *c*). Al parecer, para establecer esa distinción lo más importante es determinar si se ha concluido un acuerdo «acerca de la interpretación» de un tratado.

### 3. ULTERIOR

116. En cuanto a los acuerdos ulteriores, la práctica interpretativa pertinente es «ulterior» si ha tenido lugar «después de la celebración del tratado»<sup>230</sup>, esto es, después de que se haya determinado que el texto del tratado es definitivo<sup>231</sup>.

### 4. AGENTES

117. Una cuestión importante guarda relación con los agentes que pueden realizar una práctica ulterior pertinente. En el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 no se requiere expresamente que ha de ser la práctica de las partes en el tratado, aunque la disposición parece dar a entender ese requisito. Son ciertamente las partes, actuando a través de sus órganos<sup>232</sup>, las que son competentes para realizar una práctica interpretativa del tratado y aplicarlo o formular observaciones sobre él. No obstante, tampoco se excluye que ciertas personas privadas (naturales y jurídicas) «apliquen» un tratado en determinados casos. Sin embargo, esa práctica no estatal ha de ser atribuible a un Estado parte concreto a fin de ser pertinente a los efectos de determinar un elemento auténtico de interpretación<sup>233</sup>. Este aspecto se desarrolla más abajo en el capítulo V (proyecto de conclusión 4).

## C. Conclusión: proyecto de conclusión 3

118. Tomadas en conjunto, esas fuentes y consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión 3<sup>234</sup>:

<sup>230</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 14.

<sup>231</sup> Véanse los párrafos 84 a 87 *supra*.

<sup>232</sup> Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 115 y ss.

<sup>233</sup> Véanse los párrafos 119 a 144 *infra*.

<sup>234</sup> Véanse las conclusiones preliminares 5 y 8 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344), en especial la conclusión preliminar 5:

«Proyecto de conclusión 3

*Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medio de interpretación de un tratado*

A los efectos de la interpretación de un tratado, un «acuerdo ulterior» es un acuerdo manifestado entre

«5) *Concepto de práctica ulterior como medio de interpretación*

La mayoría de los órganos decisorios examinados no han definido el concepto de práctica ulterior. La definición acuñada por el Órgano de Apelación de la OMC («serie “concordante, común y coherente” de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes [en el tratado] acerca de su interpretación») combina el elemento de la «práctica» «serie de actos o pronunciamientos» con el requisito del acuerdo «concordante, común» con arreglo a lo previsto en el artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969 (práctica ulterior en sentido limitado). No obstante, otros órganos decisorios examinados han utilizado también el concepto de «práctica» como un medio de interpretación, sin referirse a un acuerdo discernible entre las partes ni exigir dicho acuerdo (práctica ulterior en sentido amplio).

las partes después de la celebración de un tratado en relación con su interpretación o la aplicación de sus disposiciones.

A los efectos de la interpretación de un tratado, una «práctica ulterior» consiste en el comportamiento, incluidos los pronunciamientos, de una o más de las partes en el tratado después de su celebración en relación con su interpretación o aplicación.

La práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado es un medio de interpretación con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b* de la Convención de Viena. En determinadas circunstancias, puede utilizarse otra práctica ulterior como medio complementario de interpretación de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.»

## CAPÍTULO V

### Atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado

119. Si bien en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de la Convención de Viena de 1969 se hace referencia a todo acuerdo ulterior «entre las partes», en el apartado *b* solo se habla de toda «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado». Esto plantea la cuestión de determinar en qué circunstancias puede la práctica «en la aplicación del tratado» atribuirse a un Estado y, por ende, constituir una práctica estatal interpretativa pertinente. Otras cuestiones conexas son determinar si los factores sociales y la práctica de otros agentes distintos de los Estados pueden ser también pertinentes para la interpretación de un tratado y, en particular, si sirven para que «conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado».

#### A. Alcance de la práctica estatal pertinente

120. Para determinar si cierto comportamiento constituye una práctica ulteriormente seguida por un Estado en relación con un tratado, habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, las normas aplicables sobre la atribución de dicho comportamiento. En su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión ha adoptado normas sobre la atribución de un comportamiento al Estado<sup>235</sup>. No obstante, la determinación de la responsabilidad del Estado persigue un objetivo diferente que la atribución de una práctica a los efectos de reconocer una práctica interpretativa pertinente. El alcance de los posibles hechos ilícitos de un Estado es necesariamente mucho más amplio que el de los hechos que se realizan «en aplicación de» un tratado. Por ejemplo, es difícil concebir una práctica pertinente en relación con un tratado a través del «comportamiento de un órgano del Estado» que «se exceda en su competencia» (art. 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos) o a través del «comportamiento de un movimiento insurreccional» (art. 10 del mismo proyecto de artículos).

121. Las normas pertinentes de atribución a los efectos del presente objetivo de interpretación de un tratado han de dimanar, por consiguiente, del carácter concreto de la interpretación y la aplicación de los tratados por sus partes. Por ello, únicamente puede atribuirse a un Estado un comportamiento que se realiza o que se entiende aceptado por los órganos de un Estado parte que internacionalmente se consideran responsables de la aplicación del tratado (en su totalidad o de una determinada disposición del tratado). La práctica ulterior de los Estados puede ser ciertamente la de funcionarios públicos de alto nivel en el sentido del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969. Con todo, dado que muchos tratados no suelen ser aplicados por altos funcionarios públicos, los tribunales internacionales han reconocido que el comportamiento de autoridades secundarias o incluso de otros agentes puede ser también un comportamiento ulterior pertinente para la interpretación de un tratado. Así, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido, en el caso *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, que el artículo 95 del Acta General de la Conferencia Internacional de Algeciras tenía que interpretarse flexiblemente a la luz de la práctica no sistemática de las autoridades aduaneras locales<sup>236</sup>. En el caso *Île de Kasikili/Sedudu*, la Corte incluso consideró que la utilización sistemática de una isla en la frontera entre Namibia (anteriormente África Sudoccidental) y Botswana (anteriormente Bechuanalandia) por miembros de una tribu local, los masubias, podía ser considerada una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 en caso de que estuviese vinculada a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe y, en segundo lugar, que las autoridades de Bechuanalandia fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida por el Tratado<sup>237</sup>.

<sup>236</sup> C.I.J. Recueil 1952, pág. 211.

<sup>237</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), C.I.J. Recueil 1999, pág. 1094, párr. 74.

<sup>235</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

122. No obstante, el caso *Temple de Préah Vihéar* pone de manifiesto que pueden darse situaciones en que el comportamiento de funcionarios secundarios y la práctica local no pueden atribuirse al Estado. Intentando defender una frontera, Tailandia sostuvo que ciertos mapas, facilitados por Francia y que aparentemente se desviaban de la línea que inicialmente se había acordado, únicamente habían sido «vistos» por funcionarios siameses de rango inferior, quienes no estaban en condiciones de llegar a un acuerdo en nombre de Siam en relación con la frontera trazada en los mapas. Tailandia sostuvo que:

Si las autoridades siamesas mostraron esos mapas únicamente a funcionarios secundarios, actuaron claramente por su cuenta y la reclamación de Tailandia no podía, en el plano internacional, contar con ningún tipo de asistencia basada en ese hecho<sup>238</sup>.

Así pues, la Corte Internacional de Justicia parece haber entendido que, si las autoridades superiores no tuvieron conocimiento del mapa, el conocimiento o el comportamiento de funcionarios secundarios no se habría atribuido a Tailandia.

123. La jurisprudencia de los tribunales de arbitraje confirma que la práctica ulterior pertinente puede dimanar de funcionarios públicos secundarios cuando en el plano internacional se considere que estos son responsables de la aplicación del tratado. En el laudo *Question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e, de l'Annexe IA à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande*, el tribunal de arbitraje consideró que la carta del Banco de Inglaterra a la Administración de la Deuda Federal de Alemania era una práctica ulterior pertinente<sup>239</sup>. Además, en el laudo *Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, el tribunal de arbitraje aceptó en principio que la práctica de la administración fiscal francesa de no recaudar impuestos sobre las pensiones de los empleados jubilados de la UNESCO era una práctica ulterior pertinente, aunque finalmente consideró que eran decisivos algunos pronunciamientos oficiales de una autoridad superior, a saber, el Gobierno de Francia<sup>240</sup>.

124. De ello se desprende que la práctica de las autoridades inferiores y locales en relación con la aplicación de un tratado puede considerarse práctica ulterior pertinente a los efectos de interpretación de un tratado cuando quepa esperar que las autoridades superiores son conscientes de esa práctica y la aceptan como elemento de la interpretación o aplicación de un tratado<sup>241</sup>.

### B. Atribución a Estados de un comportamiento por agentes privados y factores sociales

125. La «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado» normalmente estará originada por quienes,

<sup>238</sup> *Temple de Préah Vihéar* (Camboya c. Tailandia), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1962, pág. 25.

<sup>239</sup> Laudo de 16 de mayo de 1980, Naciones Unidas, RSA, vol. XIX, pág. 103, párr. 31.

<sup>240</sup> Laudo de 14 de enero de 2003, ibíd., vol. XXV, pág. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

<sup>241</sup> Véase también Kamto, «La volonté de l'État en droit international», págs. 141 a 144.

según el tratado, han de aplicarlo, a saber, los propios Estados partes. No obstante, también es concebible que «conste» indirectamente «el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» mediante la práctica de otros agentes. No obstante, hasta el momento los tribunales han reconocido de manera muy limitada que esa práctica de otros agentes es atribuible a un Estado parte a los efectos de la interpretación del tratado.

126. El Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, preocupado por asuntos que entrañan una estrecha cooperación entre órganos estatales y entidades privadas, se ha enfrentado a la cuestión de averiguar si ciertos comportamientos de entidades privadas pueden ser atribuidos a uno de los dos Estados a los efectos de determinar la pertinente práctica estatal ulterior:

Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Si bien uno de los participantes en las negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo, a saber, el banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en la Declaración de Argel, los otros participantes en las negociaciones sobre el acuerdo y en los acuerdos reales, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en su calidad de otra parte en la Declaración de Argel<sup>242</sup>.

127. Este enfoque fue criticado por el magistrado Ansari, quien, en su opinión disidente, consideró que la mayoría debería haber tenido en cuenta el papel de los órganos del Estado encargado de la supervisión:

El Irán ha afirmado asimismo que la práctica ulterior de las partes durante sus negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo habrán de ser debidamente tenidas en cuenta en relación con la interpretación de los «compromisos». En apoyo de este argumento, el Irán ha facilitado al Tribunal acuerdos de solución alcanzados en cumplimiento de los «compromisos» y de resultados de los cuales los bancos estadounidenses pagaron dinero directamente al Irán. Esos acuerdos, con arreglo a su contenido, no podían pasar a ser operativos sin la autorización del Tesoro de los Estados Unidos y del Banco de la Reserva Federal de Nueva York en su calidad de agente fiscal de los Estados Unidos. Esa práctica ulterior de las partes es decisiva y constituye una prueba adicional en apoyo del argumento del Irán<sup>243</sup>.

128. Aunque la opinión disidente suscita una importante cuestión, parece ser que la participación del Estado «mediante supervisión» no tenía por objeto, en este contexto particular, realizar un pronunciamiento sobre la

<sup>242</sup> *The United States of America (and others) y the Islamic Republic of Iran (and others)*, laudo n.º 108-A-16/582/591- FT (nota 80 *supra*), pág. 71; análogamente *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (reconvenión) (9 de septiembre de 2004), párrs. 127 y 128; véase también la opinión disidente del Presidente Lagergren en *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)* (nota 80 *supra*), pág. 353: «la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos posteriores se refiere a los acuerdos entre Estados partes en un tratado, y un acuerdo de solución entre dos partes en el arbitraje difícilmente puede ser considerado igual que un acuerdo entre los dos Estados que son partes en el tratado, aun cuando la República Islámica del Irán sea una de las partes en el arbitraje en relación con el caso».

<sup>243</sup> Opinión disidente de Parviz Ansari en *The United States of America (and others) y the Islamic Republic of Iran (and others)*, laudo n.º 108-A-16/582/591-FT (nota 80 *supra*), pág. 99.

interpretación frente al otro Estado y, por consiguiente, no resultaba suficiente para atribuir el comportamiento de las entidades privadas al Estado a los efectos de interpretación del tratado.

129. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece ser el único<sup>244</sup> órgano judicial internacional que ha considerado ocasionalmente que «el aumento de la aceptación social»<sup>245</sup> (de cierto comportamiento o ciertas características personales) y la «evolución de la sociedad»<sup>246</sup> son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados, sin vincular claramente esos factores sociales con decisiones concretas de órganos estatales. Las dos causas más importantes<sup>247</sup> son *Dudgeon*<sup>248</sup> y *Goodwin*<sup>249</sup>.

130. La causa *Dudgeon* guardaba relación con el derecho de dos homosexuales adultos a no ser inculcados por mantener relaciones sexuales mutuamente consentidas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró, en relación con la legislación vigente a la sazón en Irlanda del Norte, que «por comparación con la época en que se promulgó la legislación, actualmente existe una mayor comprensión y, por consiguiente, una mayor tolerancia respecto del comportamiento homosexual»<sup>250</sup>. El Tribunal basó esa afirmación en el hecho de que

en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar las prácticas homosexuales del caso en cuestión como un asunto al que deben aplicarse sanciones penales; el Tribunal no puede soslayar los profundos cambios que se han producido al respecto en la legislación interna de los Estados miembros<sup>251</sup>.

131. La causa *Goodwin* se refería al derecho de los transexuales a contraer matrimonio con arreglo al género que hubiesen asumido. En esta causa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que había que «tener en cuenta las circunstancias cambiantes dentro del Estado demandado y dentro de los Estados contratantes en general»<sup>252</sup> y advirtió al Estado demandado de que «aún no había adoptado medidas [...] [seguir examinando la necesidad de adoptar medidas apropiadas] pese a la mayor aceptación social del fenómeno del transexualismo y el creciente reconocimiento de los problemas que enfrentaban los transexuales»<sup>253</sup>.

<sup>244</sup> Véase, no obstante, OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, Informe del Órgano de Apelación (29 de junio de 2012), WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, párr. 448.

<sup>245</sup> *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 2002-VI*, párr. 85.

<sup>246</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>247</sup> Véanse también *I. c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 25680/94 (11 de julio de 2002), párr. 65; *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, demanda n.º 13378/05 (12 de diciembre de 2006), párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom* (decisión de admisibilidad), demanda n.º 45851/99 (27 de abril de 2000), párr. 1; *Schalk et Kopf c. Autriche*, demanda n.º 30141/04 (24 de junio de 2010), *Recueil des arrêts et décisions 2010*, párr. 58, donde se cita el caso *Goodwin* (nota 245 *supra*), párr. 100.

<sup>248</sup> *Dudgeon c. Royaume-Uni* (22 de octubre de 1981), Série A, n.º 45.

<sup>249</sup> Véase la nota 245 *supra*.

<sup>250</sup> Caso *Dudgeon* (nota 248 *supra*), párr. 60.

<sup>251</sup> *Ibid.*

<sup>252</sup> Caso *Goodwin* (nota 245 *supra*), párr. 74.

<sup>253</sup> *Ibid.*, párr. 92.

132. No obstante, un análisis a fondo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone de manifiesto que la invocación por este, a los efectos de interpretación de un tratado, de los «cambios sociales» o la «aceptación social» se vincula en última instancia a la práctica de los Estados. En el caso *Dudgeon*, el Tribunal demostró la «mayor tolerancia respecto del comportamiento homosexual» al destacar el hecho «de que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar las prácticas homosexuales del caso en cuestión como un asunto al que deben aplicarse sanciones penales» y que, por consiguiente, no cabía «soslayar los profundos cambios que se han producido al respecto en la legislación interna de los Estados miembros»<sup>254</sup>. El Tribunal destacó asimismo el hecho de que «[e]n la propia Irlanda del Norte, las autoridades se han abstenido de hacer cumplir la ley en los últimos años»<sup>255</sup>. Incluso en el caso *Goodwin*, el Tribunal atribuyó importancia «a las pruebas claras e incuestionables de una constante tendencia internacional en favor no solo de una mayor aceptación social de los transexuales, sino también de un reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales después de haber sido operados»<sup>256</sup>.

133. La invocación de la «aceptación social» por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es infrecuente y se ha limitado a casos relativos a grupos marginales cuya situación no había sido previamente tenida en cuenta dentro del sistema político y jurídico de un determinado Estado<sup>257</sup>. Por el contrario, el Tribunal no se basa en circunstancias sociales políticamente cuestionadas. En el caso *Johnston*, por ejemplo, que se refería a la afirmación de que el derecho a contraer matrimonio llevaba aparejado el derecho al divorcio con el fin de poder contraer de nuevo matrimonio, «[l]os demandantes atribuyeron mucha importancia a las circunstancias sociales que se habían producido después de haber sido redactado el Convenio [Europeo de Derechos Humanos], particularmente el aumento al parecer considerable del número de rupturas matrimoniales»<sup>258</sup>. No obstante, el Tribunal, aunque reconoció «que el Convenio y sus Protocolos han de interpretarse a la luz de las circunstancias actuales», rehusó examinar más a fondo esas «circunstancias sociales» y consideró que «por medio de una interpretación evolutiva, no podía deducir de esos instrumentos un derecho que no apareciese incluido en ellos desde un primer momento»<sup>259</sup>. Análogamente el Tribunal consideró lo siguiente en el caso *Schalk et Kopf*:

Aunque, tal como se indicó en *Christine Goodwin*, la institución del matrimonio ha sufrido importantes transformaciones sociales desde la aprobación del Convenio, el Tribunal observa que no existe un consenso europeo en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Actualmente permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no más de seis de un total de 47 Estados partes en el Convenio<sup>260</sup>.

<sup>254</sup> Caso *Dudgeon* (nota 248 *supra*), párr. 60.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> Caso *Goodwin* (nota 245 *supra*), párr. 85 *in fine*; véase también el párrafo 90.

<sup>257</sup> Véase Brauch, «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», pág. 145.

<sup>258</sup> Caso *Johnston* (nota 42 *supra*), párr. 53.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Caso *Schalk et Kopf* (nota 247 *supra*), párr. 58.

134. Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele determinar de manera expresa o tácita si las circunstancias sociales se recogen realmente en la práctica estatal y considera que el hecho de que se recojan en la práctica legislativa o administrativa constituye el indicador más pertinente<sup>261</sup>. Ello ocurrió así, por ejemplo, en causas relacionadas con la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio<sup>262</sup> y en causas relacionadas con el presunto derecho de los gitanos a contar con un lugar de residencia temporal asignado por los ayuntamientos a fin de poder mantener su estilo de vida itinerante<sup>263</sup>. El Tribunal Europeo solo dio a entender excepcionalmente que la existencia de legislación en contrario en el Estado demandado obedecía a la inercia administrativa o legislativa y ya no se hizo eco de la opinión considerada acerca de los órganos estatales responsables<sup>264</sup>. Por ello, cabe llegar a la conclusión de que la mera práctica social (ulterior) no es suficiente por sí misma para constituir una práctica convencional ulterior pertinente, ya que ha de estar respaldada por algún tipo de práctica estatal que la complemente.

### C. Práctica de otros agentes como prueba de la práctica estatal

135. La práctica ulterior de las partes en un tratado puede recogerse o iniciarse mediante los pronunciamientos o el comportamiento de otros agentes, como las organizaciones internacionales o los agentes no estatales. Esa iniciación de una práctica ulterior de las partes por organizaciones internacionales o por organizaciones no gubernamentales no debe, sin embargo, confundirse con la práctica de las propias partes en el tratado. Las actividades de otros órganos pueden constituir, por el contrario, una prueba de un acuerdo o práctica ulterior de las partes en cuestión.

#### 1. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

136. Las decisiones, las resoluciones y la práctica de otra índole de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes por sí mismas para la interpretación de los tratados. Eso se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2, párr. 1, apdo. j, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, en el que por «práctica establecida» de la organización se entiende una forma de las «reglas de la organización». Ese aspecto de la práctica ulterior respecto de un tratado será objeto de un informe más adelante. En el presente informe, la atención se centra en determinar si la

práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa o probatoria de la práctica convencional pertinente de los Estados.

137. En este sentido, las recopilaciones y otros informes de las organizaciones internacionales sobre la práctica ulterior de los Estados pueden tener más o menos importancia probatoria. Los informes de las organizaciones de ámbito universal que se preparan sobre la base de un mandato concreto a los efectos de explicar la práctica estatal en una determinada esfera disfrutan de un importante reconocimiento sin que tengan necesariamente fuerza legal en todos los casos. Por ejemplo, los funcionarios del Estado encargados de interpretar y aplicar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados recurren al *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, del ACNUR, como trabajo de referencia para la práctica estatal<sup>265</sup>. Aunque en ocasiones se hace una vaga referencia al Manual como si constituyese por sí mismo la expresión de la práctica estatal, esa opinión ha sido acertadamente rechazada por el Tribunal Federal de Australia en *Semunigus*<sup>266</sup>. Otro ejemplo es la labor del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1540 (2004)<sup>267</sup>, que ha resultado pertinente para la interpretación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción. Como parte de su labor de aplicación de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, el Comité lleva a cabo una recopilación sistemática de medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros, denominada la matriz 1540<sup>268</sup>. En la medida en que la matriz guarda relación con la aplicación de esa Convención y con la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, constituye una prueba de la práctica estatal ulterior en relación con los mencionados instrumentos<sup>269</sup>.

<sup>265</sup> Véase ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (enero de 1988), prólogo, y en esp. párr. VII; véase también Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 239.

<sup>266</sup> Tribunal Federal de Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 de abril de 1999), párrs. 5 a 13; eso no excluye que el Manual tenga una considerable importancia probatoria como adecuada expresión de la práctica ulterior de los Estados. Su autoridad se basa no solo en su calidad como recopilación profesional, sino también en el artículo 35, párr. 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a cuyo tenor «[L]os Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas [...] y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención».

<sup>267</sup> Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, párr. 8, apdo. c.

<sup>268</sup> Según la página web del Comité 1540, la matriz 1540 ha constituido el método primario utilizado por el Comité 1540 para ordenar la información sobre la aplicación por los Estados Miembros de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Según la página web, el Comité 1540 utiliza las matrices como mecanismo de referencia para examinar la situación de la aplicación de la resolución 1540 del Consejo de Seguridad y en su diálogo con los Estados como mecanismo para detectar las lagunas existentes a nivel nacional y facilitar asistencia técnica ([www.un.org/en/sc/1540/national-implementation](http://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation)).

<sup>269</sup> Véase Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 239.

<sup>261</sup> Sin embargo, véase Letsas, «Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer», pág. 530.

<sup>262</sup> Caso *Mazurek c. France*, *Recueil des arrêts et décisions 2000-II*, párr. 52 («El Tribunal observa antes que nada que la institución de la familia no es fija desde los puntos de vista histórico, sociológico o incluso jurídico»); véanse también *Marckx c. Belgique*, Série A, n.º 31, párr. 41; *Inze c. Autriche*, Série A, n.º 126, párr. 44; y *Brauer v. Germany*, demanda n.º 3545/04 (28 de mayo de 2009), párr. 40.

<sup>263</sup> *Chapman c. Royaume-Uni* [Gran Sala], *Recueil des arrêts et décisions 2001-I*, párrs. 70 y 93; véanse también *Lee c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 25289/94 (18 de enero de 2001), párrs. 95 y 96; *Beard c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 24882/94 (18 de enero de 2001), párrs. 104 y 105; *Coster c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 24876/94 (18 de enero de 2001), párrs. 107 y 108; y *Jane Smith c. Royaume-Uni* [Gran Sala], demanda n.º 25154/94 (18 de enero de 2001), párrs. 100 y 101.

<sup>264</sup> Caso *Goodwin* (nota 245 supra), párr. 92.

## 2. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

138. Las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar un importante papel en la recopilación de la práctica ulterior, particularmente mediante la supervisión de la práctica de la aplicación de un determinado tratado.

139. Este es el caso, por ejemplo, el Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo, una iniciativa conjunta de la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Terrestres y la Coalición contra las Municiones en Racimo. La iniciativa Monitor es descrita como el «régimen de supervisión de hecho»<sup>270</sup> para la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, y la Convención sobre Municiones en Racimo. Aparte de proporcionar reseñas de países para los Estados partes, los firmantes, los Estados no partes y «otros ámbitos»<sup>271</sup>, la iniciativa Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo de 2011 delimita diferentes cuestiones interpretativas en relación con la Convención sobre Municiones en Racimo y contiene una relación de declaraciones y práctica pertinentes de los Estados partes y los firmantes. Las declaraciones y la práctica se refieren a la prohibición en relación con la asistencia y la interoperabilidad; el almacenamiento y el tránsito en el extranjero; y la cuestión de la desinversión<sup>272</sup>.

140. El ejemplo de la iniciativa Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo muestra que las organizaciones no gubernamentales pueden ser una fuente de pruebas de la práctica ulterior de los Estados partes e incluso propiciar su aparición. De hecho, al instar a los Estados a manifestar sus opiniones sobre ciertas cuestiones, el volumen de pruebas sobre la práctica al que pueden recurrir los intérpretes puede aumentar considerablemente. El ejemplo también demuestra que las organizaciones no gubernamentales pueden intentar configurar la práctica ulterior interpretando las disposiciones controvertidas. De hecho, tales organizaciones pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los de los Estados. Esto puede dar lugar a cierta parcialidad en sus investigaciones, que han de ser revisadas críticamente. Ello no excluye el hecho de que la práctica estatal recogida por las organizaciones no gubernamentales sea frecuentemente una valiosa fuente de pruebas de la práctica ulterior de todas las partes y que, de esa manera, mejore la transparencia, la cual, a su vez, tiende a mejorar el cumplimiento.

## 3. PAPEL ESPECIAL DEL CICR

141. El papel que el CICR desempeña en relación con los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales constituye un caso aparte. El CICR, oficialmente una asociación privada y no lucrativa, constituida con arreglo al derecho interno de Suiza<sup>273</sup>, ha sido un catalizador en el desarrollo

de los tratados internacionales de derechos humanos desde el primigenio Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña<sup>274</sup>. El CICR tiene en el derecho internacional la personalidad jurídica que le corresponde como entidad encargada de desempeñar el mandato que le asignó la comunidad internacional por conducto de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja<sup>275</sup>. Además, el CICR proporciona orientaciones sobre el modo de interpretar los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales, cometido este que dimana de los Estatutos del Movimiento, aprobados en la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en 1986, y modificados en 1995 y 2006<sup>276</sup>. El artículo 5 de los Estatutos dispone en su parte pertinente lo siguiente:

2. De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular: [...]

g) trabajar por la *comprensión*\* y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo.

142. En 2009, el CICR publicó, sobre la base de su mandato<sup>277</sup>, la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*<sup>278</sup>. La Guía es el resultado de un «proceso de expertos» organizado de 2003 a 2008, en el que participaron representantes de los sectores académico, militar, gubernamental y no gubernamental a título privado, aunque basaron ostensiblemente sus análisis en los tratados entre Estados y la práctica consuetudinaria. La Guía consiste en diez recomendaciones acompañadas de un comentario y expresa «la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el [derecho internacional humanitario] vigente»<sup>279</sup>. Es prematuro realizar una evaluación general de la importancia de la Guía, aunque tendrán interés sus repercusiones en la práctica ulterior de los Estados.

143. En este contexto, los Estados han reafirmado su papel en el desarrollo del derecho internacional humanitario. En la resolución 1 de la 31.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja se recuerda que «uno de los importantes cometidos del [CICR] [...] es, en particular “trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo”», al tiempo que se «pone énfasis en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho

<sup>274</sup> *Ibid.*, párr. 14.

<sup>275</sup> *Ibid.*, párr. 25.

<sup>276</sup> CICR y Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14.ª ed., Ginebra, 2011.

<sup>277</sup> La responsabilidad de las orientaciones interpretativas es asumida por el CICR en su calidad de organización humanitaria neutral e independiente, a la que la comunidad internacional de Estados ha encomendado promover y trabajar por la *comprensión* y la difusión del derecho internacional humanitario, de acuerdo con los Estatutos.

<sup>278</sup> CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2010.

<sup>279</sup> *Ibid.*, párr. 9.

<sup>270</sup> Véase [www.the-monitor.org](http://www.the-monitor.org), introducción.

<sup>271</sup> *Cluster Munition Monitor 2011*, págs. 59 a 344.

<sup>272</sup> *Ibid.*, págs. 24 a 31; ya se examinaron las demás cuestiones interpretativas en los informes de 2009 y 2010.

<sup>273</sup> Gasser, «International Committee of the Red Cross (ICRC)», párr. 20.

internacional humanitario»<sup>280</sup>. Es de destacar que el CICR se propone interpretar el derecho internacional humanitario propiamente dicho y no solamente los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos adicionales<sup>281</sup>. Así pues, puede ser borrosa la distinción entre la práctica ulterior de los Estados partes de conformidad con los tratados y de conformidad con la práctica consuetudinaria general.

#### D. Conclusión: proyecto de conclusión 4

144. Tomadas en conjunto, esas fuentes y consideraciones parecen sugerir el siguiente proyecto de conclusión<sup>282</sup>:

<sup>280</sup> Resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados (XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Ginebra, 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011, Resoluciones).

<sup>281</sup> Véase CICR, *Guía...* (nota 278 *supra*), pág. 9.

<sup>282</sup> Véase la conclusión preliminar 9 del Presidente del Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344:

#### «Proyecto de conclusión 4

##### *Posibles autores y atribución de la práctica ulterior*

La práctica ulterior puede consistir el comportamiento de todos los órganos estatales que puede atribuirse a un Estado a los efectos de la interpretación del tratado.

La práctica ulterior de agentes no estatales, incluida la práctica social, puede tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación del tratado en la medida en que se recoja en la práctica estatal ulterior o sea adoptado por ella o como prueba de esa práctica estatal.»

##### «9) Posibles autores de la práctica ulterior pertinente

La práctica ulterior pertinente puede estar constituida por actos de cualquier órgano del Estado (del poder ejecutivo, legislativo y judicial) que puedan atribuirse a un Estado a los fines de la interpretación de un tratado. En ciertas circunstancias, dicha práctica puede abarcar, incluso, la «práctica social», en la medida en que quede reflejada en la práctica del Estado.»

## CAPÍTULO VI

### Futuro programa de trabajo

145. El Relator Especial propone presentar en el período de sesiones de 2014 su segundo informe sobre nuevos aspectos del tema, la mayoría de los cuales han sido examinados en sus tres informes dirigidos al Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo<sup>283</sup> y que el Grupo de Estudio ha examinado en parte en 2011 y 2012<sup>284</sup>. En 2015, el Relator Especial tiene previsto pre-

sentar el tercer informe, en el que examinará la práctica de las organizaciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales nacionales<sup>285</sup>. En 2016, el Relator Especial presentará un informe final en el que se revisarán las conclusiones y los comentarios, teniendo en cuenta en particular los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión.

<sup>283</sup> Véanse las notas 4, 5 y 10 *supra*.

<sup>284</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 336 a 341; y *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 225 a 240.

<sup>285</sup> Tal como se preveía en la propuesta inicial; véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, págs. 174 y ss., párrs. 17, 18, 39 y 42.

# APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/664

## Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial

[Original: español/inglés]  
[3 de junio de 2013]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	89
Obras citadas en el presente informe .....	90
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-24 91
A. Objetivo del presente informe .....	1-2 91
B. Antecedentes.....	3-6 91
C. Terminología.....	7-24 91
<i>Capítulo</i>	
I. PROPÓSITOS Y UTILIDAD DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL .....	25-35 93
A. Urgencia.....	27 93
B. Flexibilidad.....	28-30 94
C. Precaución .....	32-32 94
D. Transición hacia una entrada en vigor inminente .....	33 94
E. Otros .....	34-35 95
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL .....	36-52 95
A. Fuente de las obligaciones .....	41-42 96
B. Formas de la manifestación de la voluntad .....	43-47 96
C. Formas de terminación .....	48-52 96
III. CONCLUSIÓN Y FUTURO PLAN DE TRABAJO .....	53-55 97

---

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

*Fuente*

Pacto de Alianza Balcánica entre Grecia, Rumania, Turquía y Yugoslavia  
(Atenas, 9 de febrero de 1934)

Sociedad de las Naciones, *Recueil des  
Traitéés*, vol. CLIII, n.º 3514, pág. 153.

Arreglo concluido entre los Gobiernos representados en la Conferencia Internacional  
de la Salud (Nueva York, 22 de julio de 1946)

Nations Unies, *Recueil des Traitéés*, vol. 9,  
n.º 125, pág. 3.



## Fuente

Acuerdo Relativo a la Aplicación Provisional de los Proyectos de Convenciones Aduaneras Internacionales sobre Turismo, sobre Vehículos Comerciales de Carretera y sobre el Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (Ginebra, 16 de junio de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 45, n.º 696, pág. 149.
Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea (Estrasburgo, 22 de julio de 1964)	Ibíd., vol. 1286, n.º 21200, pág. 69. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 132, 3 de junio de 1987, pág. 16494.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 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 sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1457, n.º 24643, pág. 187.
Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1439, n.º 24404, pág. 275.
Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa y Protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (París, 19 de noviembre de 1990)	Ibíd., vol. 2443, n.º 44001, pág. 3.
Tratado de Cielos Abiertos (Helsinki, 24 de marzo de 1992)	España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 230, 24 de septiembre de 1992, pág. 32526.
Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1836, n.º 31364, pág. 3.
Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994)	Ibíd., vol. 2080, n.º 36116, pág. 518.
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)	Ibíd., vol. 2056, n.º 35597, pág. 211.
Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 28 de marzo de 2013)	A/CONF.219/2013/L.3.

## Obras citadas en el presente informe

- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BARTELS, Lorand  
«Withdrawing provisional application of treaties: Has the EU made a mistake?», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. I, n.º 1 (2012), págs. 112 a 118.
- DALTON, Robert E.  
«Provisional application of treaties» en Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 220 a 247.
- GESLIN, Albane  
*La mise en application provisoire des traités*, París, Pedone, 2005.
- KRIEGER, Heike  
«Article 25», en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, págs. 407 a 421.
- LEFEBER, René  
«Treaties, provisional application», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MATHY, Denise  
«Article 25», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 1047 a 1070.
- QUAST MERTSCH, Anneliese  
*Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Leiden, Brill, 2012.
- ROGOFF, Marvin A. y Barbara E. GAUDITZ  
«The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), págs. 29 a 81.
- TREVES, Tullio  
«L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme», *AFDI*, vol. XXXIX (1993), págs. 850 a 873.
- VILLIGER, Mark E.  
*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

## Introducción

### A. Objetivo del presente informe

1. Este primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados busca establecer de manera general —mediante la consideración de las aproximaciones doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica existente de los Estados— cuáles son las principales cuestiones jurídicas que surgen en relación con la aplicación provisional de los tratados. El punto de partida del análisis de la aplicación provisional será, por supuesto, el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969).

2. En ese sentido, dado que el objetivo del informe es identificar los temas que deban ser objeto de mayor consideración en los informes subsecuentes y el correspondiente análisis por parte de la Comisión de Derecho Internacional, su alcance se limitará a sistematizar algunos aspectos generales de la figura de la aplicación provisional de los tratados, con vistas a determinar, en primer lugar, los parámetros principales de la utilidad de esta figura frente a las necesidades de los Estados y a la dinámica de las relaciones internacionales.

### B. Antecedentes

3. El tema de la aplicación provisional de los tratados fue incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 63.º período de sesiones en 2011<sup>1</sup>. Durante ese período de sesiones, el Sr. Gaja presentó un documento que delineó algunos de los problemas jurídicos que se derivan de la aplicación provisional de los tratados<sup>2</sup>.

4. Durante su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión decidió inscribir el tema en su programa de trabajo y nombrar a un relator especial. En esa oportunidad, el recién designado Relator Especial condujo consultas informales con los miembros de la Comisión con miras a iniciar un diálogo respecto de aquellos tópicos que resultasen pertinentes para el tratamiento del tema y presentó un informe oral respecto de tales consultas. Al cabo de ello, «la Comisión decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena [...] de 1969»<sup>3</sup>. El Relator Especial desea dejar constancia de su gran aprecio a la Secretaría por la elaboración del citado memorando<sup>4</sup> que detalla la historia legislativa de la disposición contenida en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y contiene, también, un muy útil análisis de algunas cuestiones sustantivas que surgen sobre el particular. Asimismo, el Relator Especial quiere manifestar que el debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General, con motivo de la consideración del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones, resultó de suma utilidad para la preparación del presente informe.

5. El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 es el resultado de una discusión iniciada en la Comisión desde la década de los cincuenta del siglo pasado. La historia legislativa del artículo en cuestión resulta de gran relevancia para el tratamiento del tema. Como se menciona en el párrafo anterior, la Secretaría elaboró un memorando que resume tanto los antecedentes históricos, como las cuestiones sustantivas que fueron examinadas por la Comisión durante el proceso que condujo a la redacción del artículo 25. El Relator Especial no considera necesario hacer resumen alguno, en este informe, de la investigación realizada por la Secretaría, sino que remite al memorando, para fines de un análisis de los antecedentes del tema que nos ocupa.

6. De la misma manera, el Relator Especial no estima necesario, en esta etapa del estudio del tema, abordar el desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986. No obstante, este tema puede ser considerado en un momento posterior.

### C. Terminología

7. El análisis de la figura de la aplicación provisional de los tratados debe partir de la distinción entre «aplicación provisional» y «entrada en vigor provisional», términos que no son sinónimos y que se refieren a conceptos jurídicos distintos.

8. El tema de la entrada en vigor provisional fue propuesto formalmente por el Relator Especial, Sr. Waldock, en el contexto de las modalidades y fecha de entrada en vigor y de los efectos jurídicos de la entrada en vigor de los tratados<sup>5</sup>. El Comité de Redacción de la Comisión decidió, sin embargo, concentrar estos aspectos en un artículo único, titulado «entrada en vigor provisional»<sup>6</sup>, el cual fue adoptado por la Comisión en primera lectura como el proyecto de artículo 24<sup>7</sup>. Durante la discusión en segunda lectura del proyecto de artículo, el Sr. Reuter mencionó que la frase «entrada en vigor provisional» era incorrecta y propuso sustituirla por el término «aplicación» provisional<sup>8</sup>. Sin embargo, la Comisión decidió retener el término «entrada en vigor provisional» y en 1965 adoptó, con algunas modificaciones al texto anterior, el proyecto de artículo 24<sup>9</sup>:

1. Un tratado puede entrar en vigor provisionalmente si:

a) El propio tratado prescribe que entrará en vigor provisionalmente hasta la ratificación, la adhesión, la aceptación o la aprobación de los Estados contratantes; o

b) Los Estados contratantes convienen en ello de otro modo.

2. La misma regla aplica para la entrada en vigor provisional de una parte de un tratado.

<sup>1</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 365.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, anexo III.

<sup>3</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 143.

<sup>4</sup> Documento A/CN.4/658, reproducido en el presente volumen.

<sup>5</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 79 a 82, documento A/CN.4/144.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, vol. I, 668.ª sesión, pág. 278, párrs. 37 a 40.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, vol. II, págs. 185 y ss., documento A/5209, párr. 23.

<sup>8</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 75.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 173, documento A/6009.

9. La Comisión adoptó el proyecto de artículo —renumerado como 22—, en segunda lectura<sup>10</sup>.

10. Es interesante notar, entre las reacciones que suscitó el proyecto de artículo, la postura de Estados como los Países Bajos que llegaron a concebir esta figura como una situación que diera lugar solamente a un acuerdo no vinculante de entrada en vigor provisional, en cuyo caso los Estados podrían suspenderlo con libertad<sup>11</sup>. Ello ilustra que las consecuencias jurídicas de la entrada en vigor provisional de los tratados no eran del todo claras, por decir lo menos.

11. Sin embargo, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, se discutió una propuesta de enmienda presentada por Yugoslavia y Checoslovaquia para sustituir la frase «entrada en vigor provisional» por «aplicación provisional». Diversas delegaciones apoyaron la idea de que debía hacerse una distinción entre la aplicación provisional y la entrada en vigor provisional<sup>12</sup>. Italia apoyó el cambio de expresión al manifestar que así se evitarían confusiones entre la mera aplicación, lo cual era una cuestión de práctica, y la entrada en vigor provisional, la cual era una noción jurídica formal<sup>13</sup>.

12. Por su parte, Francia y el Japón expresaron su preocupación respecto de la naturaleza jurídica indeterminada de la entrada en vigor provisional. El Japón cuestionó, además, si la práctica sería suficiente para crear una institución jurídica distinta, mientras que Francia expresó que la existencia de una práctica hacía necesario que la Convención salvaguardara la libertad de los Estados para acordar que cierto tratado podría entrar en vigor provisionalmente<sup>14</sup>.

13. Al establecer que lo que estaba en cuestión era la aplicación del tratado más que su entrada en vigor, Israel expresó que era necesario especificar que la palabra «provisionalmente» se refería al tiempo y no a los efectos jurídicos que llegara a producir<sup>15</sup>.

14. Por otra parte, es interesante destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, en su documento intitulado *Précis de la pratique du Secrétaire Général en tant que dépositaire des traités multilatéraux*<sup>16</sup>, publicado en 1994, aborda de manera conjunta los temas relativos a la aplicación provisional y a la entrada en vigor provisional de los tratados, dando la impresión de que, para la Secretaría, por lo menos en esa época, ambas figuras jurídicas eran equiparables.

<sup>10</sup> *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 195, documento A/6309/Rev.1, párr. 38.

<sup>11</sup> *Ibid.*, págs. 356 y ss., anexo.

<sup>12</sup> Véanse las observaciones de Suiza y el Reino Unido, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), A/CONF.39/11, Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria, 26.ª sesión, párrs. 46 a 50.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 156, párr. 43.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrs. 39 a 41 y 45.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 44.

<sup>16</sup> Publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15, ST/LEG/7Rev.1, párrs. 237 a 241.

15. Sin embargo, en opinión de Aust, utilizar ambos términos de manera indistinta genera confusión y puede sugerir, equivocadamente, que un tratado se encuentra efectivamente en vigor, solo que sujeto a ciertas condicionantes<sup>17</sup>.

16. No cabe duda de que el uso indistinto de ambos términos efectivamente ha dado pie a confusiones sobre el alcance y contenido de la figura de la aplicación provisional de los tratados. Solo a título de ejemplo, piénsese en la incertidumbre que se derive de situaciones en las que las autoridades nacionales competentes de la implementación de un tratado desconozcan si la aplicación provisional acarrea o no consecuencias jurídicas. Inclusive, la confusión puede llegar a la cuestión de saber si acaso es necesario pasar por todos los trámites correspondientes a la ratificación de un tratado, cuya aplicación provisional haya sido acordada por las partes contratantes.

17. En todo caso, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 establece la norma mínima en la materia:

*Aplicación provisional*

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone; o

b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

18. Este artículo ha sido criticado por ser difícil de comprender<sup>18</sup> y por carecer de precisión jurídica<sup>19</sup>. Sin embargo, también ha sido expresado que el contenido del artículo 25 establece el ámbito técnico, a partir del cual los Estados puedan poner en marcha la aplicación provisional de determinado tratado<sup>20</sup>.

19. Si bien en ocasiones la disposición antes citada fue descrita como el fundamento para la «entrada en vigor provisional» de un tratado, el artículo 25 se refiere de manera expresa a la aplicación provisional de un tratado y nada en su contenido sugiere la entrada en vigor.

20. El régimen jurídico dependerá tanto de la interpretación del Estado que recurre a esta figura, como de los términos en los que la aplicación provisional se encuentre pactada dentro de un tratado o en un acuerdo separado, cuando este sea el caso.

21. En efecto, toda vez que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 supone su aplicación supletoria, y dada la ausencia de una regulación uniforme en la materia, el contenido y alcance de la aplicación provisional de un tratado dependerá, en gran medida, de los términos en

<sup>17</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 139.

<sup>18</sup> Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, pág. 111.

<sup>19</sup> Rogoff y Gauditz, «The provisional application of international agreements», pág. 41.

<sup>20</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, pág. 22.

los que dicha figura se encuentre prevista dentro del tratado mismo que será aplicado de manera provisional. En algunos casos, una cláusula única establece el régimen aplicable<sup>21</sup>, mientras que en otros su incorporación es mucho más compleja y detallada y puede llegar a establecer una forma de régimen especial<sup>22</sup>. Todos estos aspectos plantean diferentes cuestiones de interpretación y alcance de la aplicación provisional de los tratados. Sin embargo, también aparecen ciertos elementos comunes que pueden servir de guía para identificar los posibles efectos jurídicos de dicha figura, los cuales serán mencionados más adelante.

22. Por ejemplo, y sin pretender en modo alguno establecer una tipología exhaustiva, se pueden identificar las siguientes características que dan cuenta de la diversidad de situaciones que se presentan en la práctica:

a) Algunos tratados establecen que se requiere de un acto de aceptación explícito de la aplicación provisional del tratado, mientras que otros no señalan nada al respecto;

b) Puede tratarse de una manifestación de voluntad de carácter unilateral, pero también entre dos o más partes contratantes;

c) En algunos casos, la declaración de aceptación de aplicación provisional puede presentarse desde el momento de la firma, mientras que en otros casos el

<sup>21</sup> Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, art. 18; Tratado sobre el Comercio de Armas, art. 23.

<sup>22</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía, art. 45; Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, art. 7.

tiempo para hacerlo es al depositar el instrumento de ratificación, adhesión o aceptación;

d) En otros, la aplicación provisional está limitada a determinadas disposiciones del tratado;

e) En ocasiones, la aplicación provisional concluye con la entrada en vigor del tratado en sí, mientras que en otras termina con la entrada en vigor del tratado respecto del Estado que ha decidido aplicarlo de manera provisional;

f) También es posible que la cláusula de aplicación provisional requiera o implique alguna manifestación de la intención del Estado de ratificar, a la postre, el tratado.

23. Sin embargo, es posible identificar ciertos elementos comunes que pueden servir de guía para identificar los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados:

a) En todos los casos, se requiere una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado para que se configure la aplicación provisional de un tratado;

b) En general, se pretende que la aplicación provisional sea un mecanismo con vocación transitoria en tanto se produce la entrada en vigor del tratado, si bien nada impide pensar que esta figura sirva también para vincular al Estado, por tiempo indefinido, tras la entrada en vigor del tratado, si ello se desprende de la voluntad de las partes.

24. A lo largo de este informe se hará referencia a algunos casos concretos que reflejan los elementos descritos en el párrafo anterior. Dicho ejercicio no pretende ser exhaustivo sino meramente ejemplificativo de la gran gama de posibilidades que ofrece la práctica de los Estados en la materia.

## CAPÍTULO I

### Propósitos y utilidad de la aplicación provisional

25. El propósito de la aplicación provisional es el de conferir efecto inmediato a todas o algunas de las disposiciones sustantivas de un tratado, sin esperar la conclusión y los efectos de los requisitos formales para la entrada en vigor que se contienen en el tratado<sup>23</sup>. De manera particular, trátase de un mecanismo que permite a los Estados dotar a un tratado de efectos jurídicos mediante la aplicación de sus disposiciones a determinados actos, hechos y situaciones antes de que entre en vigor el tratado<sup>24</sup>. A su vez, esta figura ha sido definida como la aplicación y adhesión vinculante a los términos de un tratado en espera de su entrada en vigor<sup>25</sup>, y como una forma simplificada de obtener la aplicación de un tratado o de una parte del mismo por un período limitado<sup>26</sup>.

26. A continuación, se abordarán algunos de los principales motivos que pueden llevar a los Estados a recurrir a la aplicación provisional de los tratados.

#### A. Urgencia

27. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Rumania y Venezuela hicieron énfasis en la necesidad de esta disposición para situaciones de urgencia<sup>27</sup>. Estas circunstancias se han presentado, por ejemplo, en tratados relativos al cese de hostilidades<sup>28</sup>. Tal es el caso de cláusulas contenidas en el Pacto de Alianza Balcánica entre Grecia, Rumania, Turquía y Yugoslavia, de 1934 o en el Tratado de Paz de Moscú entre Finlandia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1940<sup>29</sup>. Por otra parte, la necesidad de establecer cláusulas de aplicación provisional ha sido de suma relevancia en el caso de desastres naturales. La Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, presentan

<sup>23</sup> Mathy, «Article 25», pág. 1048.

<sup>24</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, pág. 22.

<sup>25</sup> Lefeber, «Treaties, provisional application», pág. 1, párr. 1.

<sup>26</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 354.

<sup>27</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 12 *supra*), 27.ª sesión, párr. 5, y 26.ª sesión, párr. 29.

<sup>28</sup> Krieger, «Article 25», pág. 408.

<sup>29</sup> Firmado en Moscú el 12 de marzo de 1940, AJIL, vol. 34 (1940) (Suplemento), pág. 127.

disposiciones expresas sobre su aplicación provisional. Estas convenciones fueron celebradas como reacción al accidente en la central nuclear de Chernóbil en 1986. Otro caso de urgencia que fue invocado desde los trabajos en la Comisión fue aquel relativo a los tratados de comercio o aduaneros<sup>30</sup>.

### B. Flexibilidad

28. La aplicación provisional fue reconocida por varias delegaciones durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados como una disposición que reflejaba la cada vez más creciente práctica de los Estados en la materia<sup>31</sup>. Delegaciones como las de Costa Rica e Italia señalaron que esta constituiría una herramienta que dotaría de flexibilidad al régimen de los tratados<sup>32</sup>.

29. Este elemento de flexibilidad en el régimen de los tratados puede presentarse de distintas maneras. Durante los trabajos de la Comisión, el Sr. El-Erian identificó que esta podría ser útil en momentos en que la materia sobre la cual versa un tratado requiere de atención urgente, en situaciones en las cuales la implementación del tratado está revestida de gran relevancia política o aquellos en los que es importante no esperar los largos procesos que suponen los requerimientos constitucionales de los Estados para la aprobación de los tratados<sup>33</sup>.

30. La flexibilidad que provee la aplicación provisional de un tratado también puede llevar a consecuencias distintas. En este sentido, Geslin sugiere que la aplicación provisional puede emplearse para modificar las disposiciones de un tratado sin tener que recurrir al procedimiento de enmienda<sup>34</sup>. Por el contrario, Dalton propone que la aplicación provisional generalmente tiene lugar después de que los Estados signatarios han acordado proceder a aplicar las disposiciones de un tratado, pero antes de completar los pasos que deben tomar, al amparo de su derecho interno, para que el tratado entre formalmente en vigor. De esta manera, explica que los acuerdos concluidos en forma simplificada, es decir, aquellos acuerdos que entran en vigor únicamente con la firma, no son susceptibles de ser aplicados provisionalmente<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 487.ª sesión, pág. 38, párr. 37.

<sup>31</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 12 *supra*), 26.ª sesión, declaraciones formuladas por Venezuela (párrs. 29 y 31), Israel (párr. 44), Francia (párr. 45), Suiza (párr. 46) y el Reino Unido (párr. 48), y 27.ª sesión, declaraciones formuladas por Camboya (párr. 4) y Rumania (párr. 5), e *ibíd.*, *segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 11.ª sesión plenaria, declaraciones formuladas por Grecia (párr. 73), Italia (párr. 83) y Polonia (párr. 87).

<sup>32</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 11.ª sesión plenaria, Costa Rica (párr. 82) e Italia (párrs. 83 y 84).

<sup>33</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 112, párr. 96.

<sup>34</sup> Geslin, *La mise en application...*, pág. 32. En lo que respecta a la aplicación provisional en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véase Treves, «L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme», pág. 869.

<sup>35</sup> Dalton, «Provisional application of treaties», pág. 221.

### C. Precaución

31. La aplicación provisional de un tratado puede plantearse cuando los Estados han alcanzado acuerdos de gran sensibilidad política y busquen generar la confianza que permita evitar que, durante el proceso de ratificación, las partes contratantes lleguen a cambiar de opinión respecto de su intención de conseguir la entrada en vigor del tratado de que se trate<sup>36</sup>. Krieger señala, como ejemplos de esta situación, el Protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa, de 1990, el Tratado de Cielos Abiertos, de 1992 y el Tratado entre los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia sobre Ulteriores Reducciones y Limitaciones de las Armas Estratégicas Ofensivas, de 1993<sup>37</sup>. Lefeber, por su parte, señala que la aspiración de adoptar medidas que fomenten la confianza —particularmente en regímenes económicos— suelen ser el origen de disposiciones de aplicación provisional<sup>38</sup>. El artículo 23 del Tratado sobre el Comercio de Armas es un ejemplo de ello<sup>39</sup>. Por otra parte, la importancia de los bienes jurídicos protegidos por el tratado puede llevar a los Estados a la búsqueda de su aplicación provisional. Por ejemplo, al momento de su ratificación, Austria, Mauricio, Sudáfrica, Suecia y Suiza emitieron declaraciones de aplicación provisional de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, aduciendo consideraciones humanitarias<sup>40</sup>.

32. Este podría ser también el caso del Tratado de Comercio de Armas o el Acuerdo de Frontera Marítima entre Cuba y los Estados Unidos<sup>41</sup>. En este último caso, existe un acuerdo sobre la aplicación provisional, el cual se ha renovado en diferentes ocasiones<sup>42</sup>.

### D. Transición hacia una entrada en vigor inminente

33. Algunos tratadistas han considerado otros motivos para procurar la aplicación provisional. Entre los principales, está la prevención de lagunas jurídicas entre regímenes convencionales sucesivos<sup>43</sup>. El artículo 7 del

<sup>36</sup> Krieger, «Article 25», pág. 409.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Lefeber, «Treaties...», pág. 1, párr. 2.

<sup>39</sup> «Aplicación provisional. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que aplicará provisionalmente lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del presente Tratado mientras no se produzca su entrada en vigor respecto de ese Estado.»

<sup>40</sup> Andrew Michie, «The provisional application of arms control treaties», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, n.º 3 (2005), pág. 362, citado en Krieger, «Article 25», pág. 409. Véase también *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1<sup>er</sup> avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, cap. XXVI.5.

<sup>41</sup> Acuerdo de Frontera Marítima entre la República de Cuba y los Estados Unidos de América (Washington, 16 de diciembre de 1977), art. V (ILM, vol. 17 (1978), pág. 110).

<sup>42</sup> Acuerdos por los que se proroga la aplicación provisional del Acuerdo de 16 de diciembre de 1997, efectuados mediante canje de notas en La Habana y Washington los días 27 y 28 de diciembre de 1979, 16 y 28 de diciembre de 1981, 27 y 30 de diciembre de 1983, y 3 de diciembre de 1985 (*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 32, pág. 840; vol. 33, pág. 4652; vol. 35, pág. 4150, y 11288, respectivamente).

<sup>43</sup> Lefeber, «Treaties...», pág. 1, párr. 2.

Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 es un ejemplo de ello. La aplicación provisional contenida en dicha cláusula correspondía al interés de asegurar que, ante la inminencia de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar —al haberse ya reunido los instrumentos de ratificación necesarios—, se asegurara que la interpretación de la Parte XI fuera efectiva antes de la entrada en vigor de la Convención<sup>44</sup>.

### E. Otros

34. Los tratados también pueden ser aplicados provisionalmente en aras de agilizar su implementación en forma previa a la culminación de los procesos constitucionales que llevan a su ratificación y entrada en vigor. Ello también ha sido considerado deseable para la creación de un incentivo a favor de la ratificación<sup>45</sup>. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Rumania señaló que la aplicación provisional era una herramienta que permitía evitar demoras en la ratificación, aprobación o aceptación<sup>46</sup>. Malasia observó que la aplicación provisional de un tratado era útil para evitar la demora que suponía el seguir los trámites nacionales

<sup>44</sup> Krieger, «Article 25», pág. 410.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, pág. 408.

<sup>46</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 12 *supra*), 27.ª sesión, párr. 5.

tradicionales<sup>47</sup>. Es decir, en ocasiones las ventajas que ofrece la aplicación provisional son consideradas a la luz de los efectos que esta producirá a nivel interno, dejando en segundo plano los efectos jurídicos internacionales.

35. La práctica reciente de la UE resulta relevante en este sentido<sup>48</sup>. No obstante, también se han presentado posturas que llaman a la prudencia. Grecia, por ejemplo, señaló que la aplicación provisional de tratados podía llevar a conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>49</sup>. Viet Nam, Venezuela, Suiza, los Estados Unidos y Malasia plantearon observaciones en este mismo sentido<sup>50</sup>. También se ha dicho que la aplicación provisional de un tratado puede también constituir un subterfugio para obviar los requisitos jurídicos internos para su aprobación y posterior ratificación o simplemente para evitar situaciones de política interna que impiden siquiera suponer que se pueda plantear la posibilidad de que el órgano legislativo competente conozca del tratado. Un ejemplo relevante de tal situación y de los dilemas que la acompañan es el Acuerdo de Frontera Marítima entre Cuba y los Estados Unidos, de 1977<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>48</sup> Bartels, «Withdrawing provisional application of treaties: Has the EU made a mistake?», pág. 118.

<sup>49</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones...* (nota 31 *supra*), 11.ª sesión, párr. 73.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, primer período de sesiones... (nota 12 *supra*), 26.ª sesión, párrs. 26, 30, 46 y 51, y 27.ª sesión, párr. 7, respectivamente.

<sup>51</sup> Véase el párrafo 32 *supra*.

## CAPÍTULO II

### Régimen jurídico de la aplicación provisional

36. Como se mencionó al inicio de este informe, si bien el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 establece un marco general de regulación para la aplicación provisional de los tratados, este no comprende la totalidad del régimen jurídico aplicable en la materia. El régimen jurídico que regule de manera primordial la aplicación provisional será aquel que se encuentre establecido para ello en el tratado en el que se contemple la aplicación de dicha figura o en la forma en que hayan convenido las partes contratantes.

37. Evidentemente, la aplicación provisional de los tratados tiene consecuencias jurídicas que se generarán tanto al interior del Estado, como internacionalmente. Un acuerdo sobre la aplicación provisional producirá, como cualquier otro compromiso interestatal, efectos jurídicos a nivel internacional<sup>52</sup>. Sin embargo, dada la amplia consideración que merece el análisis de dicho tema, el estudio sobre los efectos jurídicos será abordado en un momento posterior, lo cual permitirá explorar también, de ser el caso y de considerarlo pertinente la Comisión, el impacto que estos puedan tener en el régimen de responsabilidad internacional del Estado.

38. Cabe destacar que la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en su *Manual*

*de tratados*, al abordar el tema de la aplicación provisional señala:

Un Estado aplica provisionalmente un tratado que ha entrado en vigor cuando se compromete unilateralmente, de conformidad con sus disposiciones, a dar efectividad provisionalmente a las obligaciones del tratado, incluso aunque no se hayan completado aún sus requisitos procesales internos para la ratificación, la aprobación, la aceptación o la adhesión en la esfera internacional. La intención del Estado será generalmente ratificar, aprobar o aceptar el tratado o adherirse a él una vez que se hayan completado sus requisitos nacionales de procedimiento. [...] Por el contrario, un Estado que haya consentido en obligarse por un tratado mediante la ratificación, la aprobación, la aceptación, la adhesión o la firma definitiva se regirá por las normas sobre retiro o denuncia especificadas en el tratado, que se consideran en la sección 4.5 (véanse los artículos 54 y 56 de la Convención de Viena de 1969)<sup>53</sup>.

39. Es interesante notar que el enfoque antes presentado supone que un Estado aplicará provisionalmente un tratado que ya se encuentra en vigor, en tanto entra en vigor para ese Estado en particular. Sin embargo, como se ha mencionado, generalmente se asume que el régimen previsto en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 parte de la hipótesis de la aplicación provisional cuando el tratado aún no se encuentra en vigor.

40. A continuación, se pasa revista a algunas de las modalidades que resultan de la práctica de los Estados.

<sup>52</sup> Mathy, «Article 25», pág. 1066.

<sup>53</sup> *Manual de tratados* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.02.V.2), secc. 3.4.

## A. Fuente de las obligaciones

### 1. EN UNA CLÁUSULA DEL TRATADO

41. Ejemplos de esto son el artículo 7 del Protocolo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa o el artículo 10 del Convenio para evitar la doble tributación en materia de impuestos al capital, concluido entre Bélgica y Francia<sup>54</sup>.

### 2. EN UN ACUERDO SEPARADO RESPECTO DEL TRATADO

42. La aplicación provisional de una parte de un tratado puede regularse por medio de un acuerdo separado y distinto a dicho tratado. Ejemplos de esto son el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, el Acuerdo Relativo a la Aplicación Provisional de los Proyectos de Convenciones Aduaneras Internacionales sobre Turismo, sobre Vehículos Comerciales de Carretera y sobre el Transporte Internacional de Mercancías por Carretera y el Arreglo concluido entre los Gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud.

## B. Formas de la manifestación de la voluntad

43. Tanto en los casos en los que hay una cláusula que lo prevé, como en los que las partes proceden a celebrar un acuerdo separado, dado que el compromiso adquirido por el Estado en el sentido de aplicar provisionalmente un tratado, o partes de él, es resultado de una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado, ya sea implícita o explícita, tal manifestación de la voluntad constituye el origen de las obligaciones interestatales que se generen.

44. No obstante, hay quienes consideran que, dependiendo la forma en la que se exprese la cláusula de aplicación provisional, el consentimiento de los Estados puede quedar en duda<sup>55</sup>. Por un lado, se encuentran las formulaciones sencillas, es decir, aquellas que no sujetan la aplicación provisional a ninguna modalidad particular<sup>56</sup>. Por el otro, existen cláusulas que pueden sujetar la aplicación provisional a la compatibilidad que esta tenga con el derecho interno de los Estados<sup>57</sup>. Aunque la cuestión de derecho interno no se discutirá en este informe, resulta pertinente señalar que, para efectos de esta sección, una condición de esta naturaleza resulta irrelevante, siempre

<sup>54</sup> Firmado en París el 29 de diciembre de 1947 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 46, n.º 704, pág. 111).

<sup>55</sup> Al respecto, véase Quast Mertsch, *Provisionally...*, págs. 198 y 199.

<sup>56</sup> Por ejemplo, «El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir del 1 de enero de 2006», en el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo al transporte de gas natural por gasoducto entre el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado en La Haya, el 21 de marzo de 2005 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2398, n.º 43316), art. 20, párr. 2.

<sup>57</sup> Por ejemplo, el Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea, art. 17: «Hasta la entrada en vigor del presente Convenio en los términos previstos en el artículo 11, los Estados signatarios convienen, a efectos de evitar todo retardo en la implementación del presente Convenio, de aplicarlo, a título provisional, a partir de su firma, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales»\*.

y cuando el consentimiento de los Estados se encuentre libre de vicios, y considerando que el Estado expresó su voluntad de aplicar provisionalmente el tratado bajo las modalidades que se estipulen. Baste señalar que, en principio, el derecho interno no constituye un obstáculo para la aplicación provisional<sup>58</sup>. Por supuesto, cabe señalar que, en todo lo que no se estipule en el régimen particular de la aplicación provisional de determinado tratado, se estará a lo previsto en la Convención de Viena de 1969.

### 1. EXPRESA

45. Si bien las partes pueden manifestar su voluntad de aplicar provisionalmente un tratado<sup>59</sup>, también se puede hacer una declaración en el sentido negativo, es decir, que expresamente los Estados señalen que no se aplicará provisionalmente un tratado<sup>60</sup>.

46. El artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía dispone, en su parte pertinente, que:

2. a) No obstante lo dispuesto en el apartado 1 cualquier signatario podrá, en el momento de la firma, entregar al depositario una declaración de su imposibilidad de aceptar la aplicación provisional. La obligación recogida en el apartado 1 no se aplicará al signatario que efectúe dicha declaración. Tal signatario podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la declaración mediante notificación por escrito al depositario.

### 2. TÁCITA

47. El Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (1994), es un ejemplo de una aceptación tácita en virtud del artículo 7, párr. 1, apdo. a, el cual establece:

*Aplicación provisional.*

1. Si este Acuerdo no ha entrado en vigor el 16 de noviembre de 1994, será aplicado provisionalmente hasta su entrada en vigor por:

a) Los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General de las Naciones Unidas, salvo aquellos que antes del 16 de noviembre de 1994 notifiquen al depositario por escrito que no aplicarán en esa forma el Acuerdo o que consentirán en tal aplicación únicamente previa firma o notificación por escrito.

## C. Formas de terminación

48. Salvo en los casos en los que la aplicación provisional concluya de manera natural con la entrada en vigor del instrumento en cuestión, la terminación también dependerá de la manifestación de la voluntad del Estado, conforme al artículo 25, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969.

### 1. NOTIFICACIÓN UNILATERAL

49. El Manual de tratados de la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría refleja la regla general que se encuentra codificada en el artículo 25, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969:

<sup>58</sup> Mathy, «Article 25», pág. 1058.

<sup>59</sup> Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982), art. 7, párr. 1, apdo. c.

<sup>60</sup> Art. 7, párr.1, apdo. b.

El Estado puede dar por terminada unilateralmente esa aplicación provisional en cualquier momento, a menos que en el tratado se disponga otra cosa (véase el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969)<sup>61</sup>.

50. De la misma forma el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía menciona la posibilidad de terminar la aplicación provisional, siempre que el Estado manifieste su intención de no ser parte en el Tratado:

3. *a)* Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte contratante en el Tratado. La terminación de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que el depositario reciba la mencionada comunicación.

<sup>61</sup> *Manual de tratados* (nota 53 *supra*), secc. 3.4.

## 2. POR DISPOSICIÓN DE LAS PARTES

51. El artículo 7, párr. 3, del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone:

La aplicación provisional terminará en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo. En todo caso, la aplicación provisional terminará el 16 de noviembre de 1998 si en esa fecha no se ha cumplido el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 6 de que hayan consentido en obligarse por este Acuerdo al menos siete de los Estados mencionados en el apartado *a* del párrafo 1 de la resolución II (de los cuales al menos cinco deberán ser Estados desarrollados).

52. Lo interesante del artículo citado es que la terminación de la aplicación provisional del Acuerdo no requiere un acto o declaración del Estado, sino que se perfecciona con alcanzar la fecha prevista para ello.

## CAPÍTULO III

### Conclusión y futuro plan de trabajo

53. Las consideraciones y los elementos de juicio que han sido desarrollados en este primer informe llevan a plantear varios aspectos que podrían resumirse como sigue:

*a)* El recurso a la figura de la aplicación provisional de los tratados no es uniforme u homogéneo y de tal situación puede deducirse una falta de conocimiento de los Estados de las posibilidades que encierra;

*b)* Sin duda, la práctica reseñada ilustra la utilidad que, en determinadas circunstancias, puede tener la aplicación provisional de los tratados para asegurar los efectos del tratado de que se trate o a partes de él;

*c)* La diversidad de situaciones que se observa en el plano de las relaciones contractuales entre los Estados amerita detenerse en la cuestión de conocer la práctica de los Estados, aunque sea solo a la manera de tener un muestreo de los regímenes de derecho interno más representativos;

*d)* Como toda institución regulada por el derecho internacional, debe plantearse la cuestión de determinar si existen requisitos procesales que deban ser satisfechos para que pueda recurrirse a la aplicación provisional de los tratados;

*e)* Cabe preguntarse qué relación existe entre el régimen del artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 y, asimismo, con otras normas del derecho internacional;

*f)* Por último, si se considera que la aplicación provisional de un tratado produce algunos efectos jurídicos, deben determinarse las consecuencias jurídicas de una violación de las obligaciones contraídas bajo su amparo.

54. El próximo informe pretende abordar todas estas cuestiones, con el objetivo de identificar si, habida cuenta de la utilidad que se asume reviste la figura de la aplicación provisional de los tratados, pudiesen elaborarse directrices o cláusulas modelos que sirvan a los Estados para un uso más frecuente de esta figura. El propósito que tiene en mente el Relator Especial es claramente el de generar incentivos para un mayor recurso a esta figura del derecho de los tratados y por ahora, por lo menos, no pretende nada más ambicioso. En cualquier caso, habrá que evitar caer en la tentación de querer regular en exceso una institución, cuya auténtica virtud tiene mucho que ver con el grado de flexibilidad que deja a las partes contratantes el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

55. De momento, el Relator Especial aguarda los comentarios y sugerencias de los miembros de la Comisión, los que agradece de antemano.





# APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/658

Memorando de la Secretaría

[Original: inglés]  
[1 de marzo de 2013]

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Resumen.....	99
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-3 99
<i>Capítulo</i>	
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	4-32 100
A. Comisión de Derecho Internacional (1950 a 1966).....	6-26 100
B. Asamblea General (1966 y 1967).....	27 103
C. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968 y 1969).....	28-32 103
II. CUESTIONES SUSTANTIVAS EXAMINADAS DURANTE LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 25 .....	33-108 104
A. Razón de ser de la aplicación provisional de los tratados .....	33-43 104
B. Tránsito de la «entrada en vigor» provisional a la «aplicación» provisional .....	44-55 106
C. Fundamento jurídico de la aplicación provisional.....	56-61 108
D. Aplicación provisional de parte de un tratado .....	62-63 109
E. Condicionalidad.....	64-65 109
F. Naturaleza jurídica de la aplicación provisional .....	66-84 110
G. Terminación de la aplicación provisional .....	85-105 112

## Resumen

El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la posibilidad de aplicar los tratados con carácter provisional. Este artículo tiene su origen en las propuestas para la inclusión de una disposición que reconociera la práctica de la «entrada en vigor provisional» de los tratados formuladas por los Relatores Especiales Sres. Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock durante el examen del derecho de los tratados en la Comisión de Derecho Internacional. La disposición, que fue incluida como artículo 22 en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, fue enmendada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y, entre otras cosas, se sustituyó el concepto de «entrada en vigor» provisional por el de «aplicación» provisional. El presente memorando detalla la historia de las negociaciones sobre esa disposición en la Comisión y en la Conferencia de Viena y contiene un breve análisis de algunas cuestiones sustantivas planteadas durante su examen.

## Introducción

1. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó en su programa de trabajo el tema titulado «Aplicación provisional de los tratados». En ese mismo período de sesiones, la Comisión

decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esa materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969)<sup>1</sup>.

2. El presente memorando contiene, en el capítulo I, una descripción de los antecedentes históricos del examen de la Comisión sobre lo que denominaba la «entrada en vigor provisional» de los tratados, así como de las negociaciones, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, sobre el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, que está redactado de la siguiente manera:

<sup>1</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 143. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmada en Viena, el 23 de mayo de 1969; véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.

## CAPÍTULO I

### Antecedentes históricos

4. La Comisión seleccionó, en 1949, el tema del «derecho de los tratados» para su codificación y lo examinó en sus períodos de sesiones 2.º a 18.º (1950 a 1966), durante los cuales se nombró sucesivamente a cuatro Relatores Especiales<sup>2</sup>. Tras un examen inicial del tema sobre la base de los informes primero y segundo del Relator Especial, Sr. Brierly<sup>3</sup>, presentados en 1950 y 1951, respectivamente, la Comisión celebró un debate a fondo sobre el tema en 1959, sobre la base del primer informe del Sr. Fitzmaurice<sup>4</sup>, que había sido presentado en 1956<sup>5</sup>. La Comisión volvió a dejar en suspenso el examen del tema relativo al derecho de los tratados para concentrarse en otros temas y reanudó dicho examen en sus períodos de sesiones 14.º a 18.º (1962 a 1966) sobre la base de seis informes presentados por el Sr. Waldock<sup>6</sup>, que había sido

<sup>2</sup> Sres. James L. Brierly (en 1949), Hersch Lauterpacht (en 1952), Gerald Fitzmaurice (en 1955) y Humphrey Waldock (en 1961).

<sup>3</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 222 y *Yearbook... 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, pág. 70, respectivamente.

<sup>4</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 103.

<sup>5</sup> Si bien la Comisión no examinó el tercer informe del Sr. Brierly (*Yearbook... 1952*, vol. II, documento A/CN.4/54, pág. 50) ni los dos informes presentados por el Sr. Lauterpacht (*Yearbook... 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 90 y *Yearbook... 1954*, vol. II, documento A/CN.4/87, pág. 123) por falta de tiempo y por el aplazamiento del examen del tema tras la renuncia de ambos Relatores Especiales, tanto el Sr. Fitzmaurice como el Sr. Waldock se basaron en los informes de sus predecesores al elaborar sus propias propuestas, y las posiciones de los Sres. Brierly y Lauterpacht se citaron en numerosas ocasiones durante los debates celebrados en la Comisión en años posteriores. La Comisión tampoco pudo examinar los informes segundo a quinto del Sr. Fitzmaurice presentados entre 1957 y 1960 (respectivamente, *Anuario... 1957*, vol. II, documento A/CN.4/107, pág. 17; *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/115, pág. 21; *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 40, y *Anuario... 1960*, vol. II, documento A/CN.4/130, pág. 167) por falta de tiempo. No obstante, estos informes fueron ampliamente citados por el Sr. Waldock.

<sup>6</sup> Respectivamente, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, pág. 31; *Anuario... 1963*, vol. II, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3, pág. 42; *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y

#### *Aplicación provisional*

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone; o

b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

3. El capítulo II contiene una descripción de algunas cuestiones sustantivas planteadas durante los debates en la Comisión y durante las negociaciones en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

nombrado para sustituir al Sr. Fitzmaurice como Relator Especial para el tema. Sobre la base de los informes del Sr. Waldock, la Comisión completó la primera lectura (en 1964) y la segunda lectura (en 1966) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados<sup>7</sup>, que aprobó en 1966.

5. El proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966 contenía un proyecto de artículo 22, titulado «Entrada en vigor provisional», que estaba redactado de la siguiente manera:

1. Un tratado podrá entrar en vigor provisionalmente si:

a) El propio tratado prescribe que entrará en vigor provisionalmente hasta su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados contratantes; o

b) Los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La misma regla se aplicará a la entrada en vigor provisional de una parte de un tratado<sup>8</sup>.

### A. Comisión de Derecho Internacional (1950 a 1966)

#### 1. EXAMEN EN LOS PERÍODOS DE SESIONES SEGUNDO A SEXTO (1950 A 1954)

6. Los Sres. Brierly y Lauterpacht solo se ocuparon de la cuestión de la «entrada en vigor provisional» de un tratado de manera indirecta (el primero de ellos) o en el marco de la cuestión más general de la ratificación (en el caso del segundo de ellos). En su propuesta de artículo 5 (titulado «Cuando la ratificación es necesaria»), presentada en 1951, el Sr. Brierly contempló diversas posibilidades

Add.1 a 3, pág. 3; *Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 1; *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/CN.4/183 y Add.1 a 4, pág. 1, e ibíd., documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7, pág. 55.

<sup>7</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 195, párr. 38.

<sup>8</sup> Ibíd., pág. 198.

en las que no cabía considerar que un Estado hubiera contraído una obligación definitiva con arreglo al tratado hasta que lo hubiera ratificado<sup>9</sup>. La disposición fue reformulada posteriormente para regular el efecto jurídico de la firma antes de la ratificación y fue aprobada ese mismo año, con carácter preliminar, como artículo 4, que contemplaba la posibilidad de considerar que un Estado había contraído una obligación definitiva al firmar un tratado si este disponía que debía ser ratificado pero que entraría en vigor antes de su ratificación<sup>10</sup>.

7. La primera referencia directa a la entrada en vigor provisional de un tratado fue realizada por el Sr. François en 1951, cuando exhortó a la Comisión a que

considerara el caso hipotético de un tratado celebrado entre dos Estados que hubiera sido firmado y ratificado por ambas partes. Los Jefes de Estados habrían intercambiado los instrumentos de ratificación y el tratado estaría provisionalmente en vigor<sup>11</sup>.

8. En su primer informe, presentado en 1953, el Sr. Lauterpacht previó la posibilidad, en su propuesta de artículo 6 relativo a la ratificación, de que un tratado contemplara expresamente la entrada en vigor antes de la ratificación<sup>12</sup>.

## 2. EXAMEN EN LOS PERÍODOS DE SESIONES 8.º A 12.º (1956 A 1960)

9. Aunque el Sr. Fitzmaurice presentó cinco informes, la Comisión solo pudo examinar algunas partes de su primer informe<sup>13</sup> (en 1959), en el que propuso un conjunto de 42 proyectos de artículos que se centraban principalmente en la preparación, conclusión y entrada en vigor de los tratados.

10. La propuesta de artículo 42 (Entrada en vigor (sus efectos jurídicos)) del Relator Especial indicaba, en su párrafo 1, lo siguiente:

Sin embargo, en un tratado se podrá disponer que el mismo entrará en vigor provisionalmente en una fecha determinada, o cuando ocurra un hecho determinado, tal como el depósito de cierto número de ratificaciones. En esos casos, nacerá una obligación provisional de ejecutar el tratado, pero, con sujeción a cualquier acuerdo expreso en contrario, dicha obligación se extinguirá si la entrada en vigor definitiva se prolonga en exceso o deja manifiestamente de ser probable<sup>14</sup>.

El comentario de la disposición simplemente señalaba que dicho párrafo preveía el caso de una entrada en vigor provisional y expresaba la regla aplicable cuando esa situación se prolongara indebidamente<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Véase *Yearbook... 1951*, vol. II, documento A/CN.4/43, pág. 72.

<sup>10</sup> Véase *ibíd.*, documento A/CN.4/L.28, pág. 73. Posteriormente se incluyó una versión revisada de dicha disposición (como artículo 6) y un comentario conexo en el tercer informe del Sr. Brierly (véase la nota 5 *supra*), presentado en 1952, en el que se reproducían los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones segundo y tercero (1950 y 1951). No obstante, la Comisión nunca debatió sobre ese informe debido a la renuncia del Relator Especial.

<sup>11</sup> *Yearbook... 1951*, vol. I, 88.ª sesión, pág. 47, párr. 37.

<sup>12</sup> *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 112, art. 6, párr. 2, apdo. b («2. Un tratado no será obligatorio para una parte contratante que no lo ratifique, a menos que: [...] b) El tratado disponga que ha de ser ratificado, pero disponga también que entrará en vigor antes de la ratificación»).

<sup>13</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 103.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, pág. 116.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pág. 128, párr. 106.

11. Si bien la Comisión nunca debatió esa propuesta, en el debate celebrado en 1959 se hicieron referencias de pasada a la posibilidad de que un tratado entrara en vigor provisionalmente. Por ejemplo, en el contexto del debate sobre las condiciones generales de la fuerza obligatoria de los tratados, el Sr. Bartoš sugirió que debía prestarse cierta atención a la práctica cada vez más frecuente, en particular en los acuerdos mercantiles, de incluir una cláusula relativa a la entrada en vigor provisional de un acuerdo hasta que fuera ratificado<sup>16</sup>, y que había razones válidas de carácter práctico para incluir una cláusula sobre la entrada en vigor de los tratados provisionalmente<sup>17</sup>.

## 3. EXAMEN EN EL 14.º PERÍODO DE SESIONES (1962)

12. El Sr. Waldock abordó la cuestión de la entrada en vigor provisional de los tratados en su primer informe, que fue examinado en 1962. Dicho concepto se introdujo en el párrafo 6 de su propuesta de artículo 20 (Modo y fecha de la entrada en vigor), según el cual:

[P]uede prescribirse en un tratado que este entrará en vigor provisionalmente en el momento de la firma, o en una fecha dada o con ocasión de un acontecimiento determinado, en espera de su entrada en vigor definitiva de conformidad con las normas establecidas en el presente artículo<sup>18</sup>.

13. El Relator Especial explicó que en el párrafo 6 se había querido prever un fenómeno que no era raro en la práctica moderna, a saber, un tratado que entre en vigor provisionalmente en espera de que entre en vigor definitivamente cuando se hayan llevado a efecto las ratificaciones o aceptaciones necesarias<sup>19</sup>. Señaló además que una cláusula que tuviera esos efectos era, en cierto aspecto, una cláusula relativa al modo de poner en vigor un tratado<sup>20</sup>. La Comisión se centró en otros aspectos del artículo 20<sup>21</sup> y el párrafo 6 solo se mencionó de pasada.

14. En su propuesta de artículo 21, relativo a los efectos jurídicos de la entrada en vigor de un tratado, el Sr. Waldock también incluía la siguiente referencia a los efectos de una entrada en vigor provisional:

2. a) Cuando un tratado establezca que entrará en vigor provisionalmente en una fecha dada o con ocasión de un acontecimiento determinado, los derechos y obligaciones contenidos en el tratado tendrán efectividad para las partes en él a partir de esa fecha o de ese acontecimiento y seguirán teniendo efectividad provisionalmente hasta que el tratado entre definitivamente en vigor con arreglo a sus estipulaciones.

b) No obstante, si se difiere excesivamente la entrada en vigor definitiva del tratado, y a menos que las partes hayan concluido un nuevo acuerdo para que el tratado siga estando en vigor con carácter provisional, cualquiera de las partes podrá dar aviso de su propósito de poner fin a la aplicación provisional del tratado; y, transcurrido un período de seis meses, los derechos y obligaciones contenidos en el tratado dejarán de ser aplicables con respecto a esa parte<sup>22</sup>.

15. El debate sobre el párrafo 2 se centró en el apartado b, que el Relator Especial había propuesto *de lege ferenda*.

<sup>16</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 487.ª sesión, pág. 38, párr. 37.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, párr. 40.

<sup>18</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 80.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pág. 81, párr. 7 del comentario del artículo 20.

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> Véase *ibíd.*, vol. I, sesiones 656.ª y 657.ª, págs. 192 y ss.

<sup>22</sup> Véase *ibíd.*, vol. II, pág. 81.

Después de que se expresaran diversas dudas sobre la conveniencia de incluir dicha disposición<sup>23</sup>, el Relator Especial la retiró y la Comisión remitió el apartado *a* al Comité de Redacción<sup>24</sup>. La Comisión había aceptado previamente una propuesta de procedimiento del Relator Especial para que el artículo 20, párr. 6, fuera examinado por el Comité de Redacción junto con el artículo 21, párr. 2, con miras a incluirlos en un artículo 19 *bis* que reuniría todo lo relativo a los derechos y obligaciones de los Estados antes de la entrada en vigor del tratado<sup>25</sup>.

16. Sin embargo, el Comité de Redacción aprobó un artículo 19 *bis* más restrictivo (que pasó a ser el artículo 17), que se ceñía a la obligación general de buena fe antes de la entrada en vigor de un tratado. Al presentar dicho artículo, el Relator Especial recordó que durante la discusión de varios artículos se había sugerido que se incluyeran determinados extremos en el artículo 19 *bis* y que uno de ellos era la entrada en vigor provisional. Sin embargo, el Comité de Redacción había decidido que esa cuestión debía figurar en el artículo relativo a la entrada en vigor<sup>26</sup>.

17. En su propuesta posterior de artículo 20 revisado (titulado «Entrada en vigor de los tratados»), el Comité de Redacción ya no incluía ninguna referencia a la entrada en vigor provisional<sup>27</sup>. Sin embargo, dicha cuestión estaba plenamente regulada en su propuesta de artículo 21 revisado (titulado «Entrada en vigor provisional»), cuya redacción era la siguiente:

Un tratado podrá prescribir que, hasta su entrada en vigor por canje o depósito de instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación, entrará en vigor provisionalmente, en todo o en parte, en una fecha dada o cuando se cumplan determinados requisitos. En ese caso, el tratado entrará en vigor en la forma prescrita y seguirá provisionalmente en vigor hasta que entre en vigor definitivamente o hasta que los Estados interesados acordaren poner término a su aplicación provisional<sup>28</sup>.

La Comisión aprobó dicho artículo en primera lectura, en la forma propuesta, como artículo 24.

18. También se hizo referencia a la «entrada en vigor provisional» durante el examen de otros artículos ese mismo año. Varios miembros debatieron sobre la entrada en vigor provisional de los tratados en el contexto del artículo 9 (Efectos jurídicos de la firma definitiva), en particular en el marco de la referencia en el párrafo 2, apdo. *c*, a la obligación de buena fe del Estado signatario y del párrafo 2, apdo. *d*, relativo al derecho del Estado signatario a insistir en el cumplimiento de los demás signatarios<sup>29</sup>. También se hizo referencia a esta cuestión en el comentario del artículo 12 (Ratificación) aprobado en 1962, en el que se señaló que «[t]al vez no sea muy frecuente que un tratado en el que se exprese que entrará en vigor en el momento de la firma haya de ser ratificado, pero esto suele suceder en la práctica cuando un tratado que debe

ser ratificado contiene disposiciones sobre su entrada en vigor provisional en el momento de la firma»<sup>30</sup>.

#### 4. EXAMEN EN LOS PERÍODOS DE SESIONES 15.º Y 16.º (1963 Y 1964)

19. Los informes segundo y tercero del Sr. Waldock<sup>31</sup> no trataron directamente el concepto de «entrada en vigor provisional de los tratados». No obstante, su segundo informe abordó, entre otras, la cuestión de las limitaciones constitucionales a la validez de los tratados, incluidos los que no estuvieran todavía en vigor<sup>32</sup>. En el informe se examinó además la cuestión de la extinción de un tratado, que también pondría fin, *ex hypothesi*, a la entrada en vigor provisional del tratado.

20. En el tercer informe se hizo una referencia de pasada a esta cuestión en el marco del examen del artículo 57 (Aplicación *ratione temporis* de las disposiciones de un tratado), al señalarse, entre otras cosas, que los derechos y obligaciones creados por un tratado no podían surtir efecto antes de que el propio tratado hubiera entrado en vigor, ya fuera definitivamente o bien a título provisional conforme al artículo 24<sup>33</sup>.

#### 5. EXAMEN EN LA PRIMERA PARTE DEL 17.º PERÍODO DE SESIONES (1965)

21. El artículo 24 fue examinado de nuevo en 1965 en el marco de la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Sr. Waldock<sup>34</sup>, que contenía un análisis de los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, junto con sus sugerencias de enmiendas. El Japón observó que a veces se recurría, como medida de carácter práctico, a la técnica de la entrada en vigor provisional, pero que la naturaleza jurídica exacta de esa entrada en vigor provisional no parecía estar muy clara. A menos que fuera posible definir con precisión el efecto jurídico de esa entrada en vigor provisional, era preferible que esa cuestión quedara subordinada a la intención de las partes contratantes. Quizás las disposiciones del artículo 23, párr. 1, pudiesen abarcar esta eventualidad<sup>35</sup>. Los Estados Unidos se hicieron eco de estas reflexiones y opinaron que, si bien el artículo 24 se ajustaba a las normas y prácticas actuales, podía discutirse si tal disposición era necesaria en una convención sobre los tratados<sup>36</sup>. Suecia y, posteriormente, los Países Bajos formularon observaciones sobre aspectos sustantivos de la disposición<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 199, párr. 8 del comentario del artículo 12.

<sup>31</sup> Véase la nota 6 *supra*.

<sup>32</sup> Véase *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 46, propuesta de artículo 5 (Limitaciones constitucionales a la facultad para concertar tratados).

<sup>33</sup> *Anuario... 1964*, vol. II, pág. 8, párr. 2 del comentario del artículo 57.

<sup>34</sup> Véase la nota 6 *supra*.

<sup>35</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, anexo, págs. 303 y ss.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, pág. 324, comentario al artículo 24.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, págs. 387 (Suecia) y 359 (Países Bajos). También se hizo referencia a la entrada en vigor provisional de los tratados en las observaciones de Luxemburgo sobre el artículo 12 (Ratificación) (*ibíd.*, pág. 353) y en las de Chipre (*ibíd.*, pág. 312) e Israel (*ibíd.*, pág. 331, párr. 3) en relación con la aplicabilidad del artículo 55 (*pacta sunt servanda*).

<sup>23</sup> Véase el análisis sobre la terminación de la aplicación provisional de los tratados en los párrafos 85 a 108 *infra*.

<sup>24</sup> *Anuario... 1962*, vol. I, 657.ª sesión, pág. 193, párrs. 12 a 18.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pág. 192, párr. 3.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 661.ª sesión, pág. 227, párr. 2.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, 668.ª sesión, pág. 277, párr. 34.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, pág. 278, párr. 37.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, 643.ª sesión, pág. 95, párrs. 86 y 87, y 644.ª sesión, pág. 99, párr. 69 y pág. 101, párr. 87.

22. En respuesta a esas observaciones, el Relator Especial recordó que la Comisión había estimado que la «entrada en vigor provisional» se daba en la práctica moderna de los tratados con frecuencia bastante suficiente para hacerla figurar en el proyecto de artículos, y que parecía conveniente que el carácter jurídico de tal situación se reconociera en el proyecto de artículos, ya que su omisión podría interpretarse en sentido negativo<sup>38</sup>. Añadió que, si se aplicara la regla general del artículo 23, párr. 1 (sobre la entrada en vigor del tratado), el problema no quedaría previsto en todos sus aspectos, ya que los Estados interesados a veces estipulaban la «entrada en vigor provisional» en un acuerdo distinto en forma simplificada<sup>39</sup>.

23. El debate en segunda lectura sobre el artículo 24<sup>40</sup> se celebró sobre la base de una versión revisada propuesta por el Relator Especial<sup>41</sup>. Aunque se expresaron distintas opiniones, en particular sobre la manera de tratar la cuestión de la terminación de la entrada en vigor provisional, la Comisión decidió mantener una disposición específica al respecto en el proyecto de artículos<sup>42</sup>. La Comisión también debatió una propuesta del Sr. Reuter para que se hiciera referencia a la «aplicación» provisional de un tratado en lugar de su «entrada en vigor» provisional<sup>43</sup>.

24. Finalmente, la Comisión aprobó, por 17 votos contra ninguno, el artículo 24, con la siguiente redacción<sup>44</sup>:

1. Un tratado puede entrar en vigor provisionalmente si:

a) el propio tratado prescribe que entrará en vigor provisionalmente hasta la ratificación, la adhesión, la aceptación o la aprobación por los Estados contratantes; o

b) los Estados contratantes convienen en ello de otro modo.

2. La misma regla se aplica para la entrada en vigor provisional de una parte de un tratado.

<sup>38</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 60, art. 24, observación del Relator Especial, párr. 1.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> También se hizo referencia a la entrada en vigor provisional al debatir otros artículos. En relación con el artículo 12, véanse las declaraciones de los Sres. El-Erian (*ibid.*, vol. I, 784.ª sesión, pág. 67, párr. 86), de Luna (*ibid.*, 785.ª sesión, pág. 73, párr. 69) y Ago (*ibid.*, pág. 74, párr. 81). El Sr. Reuter también hizo mención a esa práctica en el contexto del artículo 17, relativo a los derechos y obligaciones de los Estados mientras el tratado no entre en vigor (*ibid.*, 788.ª sesión, pág. 95, párr. 36).

<sup>41</sup> El texto revisado propuesto tenía el siguiente tenor: «Un tratado podrá prescribir, o las partes podrán convenir de otra forma, que, hasta su entrada en vigor por canje o depósito de instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación, entrará en vigor provisionalmente, en todo o en parte, en una fecha dada o cuando se cumplan determinados requisitos. En ese caso, el tratado, o la parte del mismo que se especificare, entrará en vigor en la forma prescrita o convenida y seguirá provisionalmente en vigor hasta que entrare en vigor definitivamente o hasta que se haga evidente que una de las partes no lo va a ratificar o, en su caso, aprobar» (*ibid.*, 790.ª sesión, págs. 110 y 111, párr. 73).

<sup>42</sup> Sin embargo, el Sr. Elias se opuso a que se conservara el artículo 24, ya que el problema parecía quedar resuelto en los párrafos 1 y 3 del artículo 23 (*ibid.*, pág. 111, párr. 84). Véanse también las opiniones del Sr. Tsuruoka (*ibid.*, 791.ª sesión, págs. 114 y 115, párrs. 9, 10, 12 y 26). El Sr. Ruda se mostró receptivo a esas opiniones, pero apoyó que se mantuviera el artículo por razones prácticas (*ibid.*, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 85).

<sup>43</sup> *Ibid.*, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 75. Véanse los párrafos 48 y 49 *infra*.

<sup>44</sup> Tras haberse devuelto al Comité de Redacción una versión anterior del artículo propuesta por este (*ibid.*, 814.ª sesión, págs. 285 y 286, párrs. 38 a 56).

## 6. EXAMEN EN EL 18.º PERÍODO DE SESIONES (1966)

25. En 1966 se volvió a hacer referencia al artículo 24, en el sexto informe del Sr. Waldock<sup>45</sup>, en el contexto de su relación con los artículos 55 (*Pacta sunt servanda*)<sup>46</sup> y 56 (Aplicación de un tratado en el tiempo) y en respuesta principalmente a una serie de observaciones recibidas de Israel.

26. La Comisión volvió a examinar el artículo 24 durante la aprobación del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados. Si bien no se aceptó la sugerencia del Sr. Rosenne de cambiar el orden de los artículos 23 y 24<sup>47</sup>, la Comisión aceptó la propuesta del Comité de Redacción de que en el párrafo 1, apdo. b, se sustituyeran las palabras «Estados contratantes» por «Estados negociadores»<sup>48</sup>. Con esa enmienda final, se aprobó en segunda lectura el artículo 24 (que posteriormente pasó a ser el artículo 22). La Comisión también aprobó un comentario con cuatro párrafos en los que abordaban los dos fundamentos reconocidos para la entrada en vigor provisional (es decir, en virtud de una disposición del propio tratado o sobre la base de un acuerdo separado), la práctica de poner en vigor provisionalmente solo determinada parte del tratado y una explicación de la decisión de no incluir la referencia a la terminación de la entrada en vigor provisional<sup>49</sup>.

## B. Asamblea General (1966 y 1967)

27. Tras recibir el informe de la Comisión, la Asamblea General, en su vigésimo primer período de sesiones, celebrado en 1966, decidió, en su resolución 2166 (XXI), de 5 de diciembre de 1966, instar a que se presentaran por escrito comentarios y observaciones acerca del proyecto de artículos. De los Estados Miembros que presentaron comentarios y observaciones, solo Bélgica formuló observaciones sobre el artículo 22 (centradas en el modo de terminación de la entrada en vigor provisional)<sup>50</sup>. En el vigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea, celebrado en 1967, Suecia hizo referencia con aprobación a la observación de Bélgica durante el debate sobre el derecho de los tratados<sup>51</sup>.

## C. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968 y 1969)

28. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se celebró en Viena en dos períodos de sesiones: del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y del 9 de abril al 22 de mayo de 1969.

<sup>45</sup> Véase la nota 6 *supra*.

<sup>46</sup> Véanse los párrafos 75 y 76 *infra*.

<sup>47</sup> *Anuario... 1966*, vol. I, parte II, 886.ª sesión, pág. 290, párr. 63.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 887.ª sesión, pág. 299, párr. 69.

<sup>49</sup> *Ibid.*, vol. II, pág. 231. Véase también el párr. 3 del comentario del artículo 23 (*Pacta sunt servanda*), antiguo artículo 55 («[l]as palabras “en vigor” abarcan [...] a los tratados que están en vigor provisionalmente conforme al artículo 22» (*ibid.*, pág. 232)).

<sup>50</sup> A/6827, pág. 6. Véase también el párrafo 95 *infra*.

<sup>51</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 980.ª sesión, párr. 13.

## 1. EXAMEN EN EL PRIMER PERÍODO DE SESIONES (1968)

29. El proyecto de artículo 22 fue examinado primero por la Comisión Plenaria de la Conferencia<sup>52</sup>, que tuvo ante sí diez propuestas de enmienda<sup>53</sup>. Los patrocinadores no sometieron a votación una propuesta de supresión de dicho artículo<sup>54</sup>. Se remitieron al Comité de Redacción varias propuestas de redacción. Se rechazaron dos propuestas para suprimir el párrafo 2<sup>55</sup>. Se aprobó una propuesta para que se hiciera referencia a la aplicación provisional de los tratados, en lugar de la entrada en vigor provisional<sup>56</sup>. La Comisión Plenaria aprobó, en principio, dos propuestas para incluir un nuevo párrafo sobre la terminación de la entrada en vigor provisional o la aplicación provisional de un tratado<sup>57</sup>.

30. Una vez adoptadas dichas decisiones, el artículo se remitió al Comité de Redacción, que propuso posteriormente el siguiente texto revisado para el artículo 22<sup>58</sup>:

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente hasta su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone, o

<sup>52</sup> En sus sesiones 26.ª y 27.ª, celebradas en abril de 1968 (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), A/CONF.39/11, Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria, págs. 152 y ss.).

<sup>53</sup> *Ibid.*, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), A/CONF.39/11/Add.2, Documentos de la Conferencia, págs. 154 y ss., párrs. 222 a 230.

<sup>54</sup> Propuesta de los Estados Unidos, la República de Corea y Viet Nam (véase *ibid.*, párr. 224, i).

<sup>55</sup> Por 63 votos contra 11 y 12 abstenciones (véase *ibid.*, párr. 227, a).

<sup>56</sup> Por 72 votos contra 3 y 11 abstenciones (*ibid.*, párr. 227, b).

<sup>57</sup> Por 69 votos contra 1 y 20 abstenciones (*ibid.*, párr. 227, c).

<sup>58</sup> *Ibid.*, primer período de sesiones... (nota 52 *supra*), 72.ª sesión, pág. 469, párr. 24.

b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga otra cosa o que los Estados negociadores hayan convenido algo distinto.

31. Al presentar el texto revisado, el Presidente del Comité de Redacción señaló que el artículo reflejaba una versión modificada de la propuesta de Checoslovaquia y Yugoslavia para la frase introductiva del párrafo 1, incluida la referencia a la «aplicación provisional» de los tratados. El concepto de aplicación provisional de una parte de un tratado, que antes figuraba en el párrafo 2, se había incorporado al párrafo 1. El nuevo párrafo 2 volvía a introducir la cuestión de la terminación de la aplicación provisional de un tratado. El Comité de Redacción había rechazado todas las demás propuestas. La Comisión Plenaria aprobó el artículo 22 propuesto por el Comité de Redacción sin someterlo a votación<sup>59</sup>.

## 2. EXAMEN EN EL SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES (1969)

32. El informe de la Comisión Plenaria sobre el proyecto de artículo 22 se examinó en el plenario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados en el segundo período de sesiones. La Conferencia aprobó el artículo 22 por 87 votos contra 1 y 13 abstenciones<sup>60</sup>. El artículo 22 pasó a ser el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pág. 470, párr. 28.

<sup>60</sup> *Ibid.*, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 11.ª sesión plenaria, pág. 46, párr. 101. El Comité de Redacción rechazó posteriormente varias propuestas de modificación del artículo 22 planteadas durante el debate inmediatamente anterior a su aprobación, así como una propuesta de Yugoslavia para incluir un nuevo artículo (véase el párrafo 79 *infra*) (*ibid.*, 28.ª sesión plenaria, pág. 167, párrs. 45 a 47).

## CAPÍTULO II

## Cuestiones sustantivas examinadas durante la elaboración del artículo 25

## A. Razón de ser de la aplicación provisional de los tratados

33. Ya en 1953, cuando el Sr. Lauterpacht se refirió a la existencia de un tratado que, «además de disponer que debe ser ratificado, establece que entrará en vigor antes de su ratificación»<sup>61</sup>, un tema común en los informes de los Relatores Especiales y en los debates de la Comisión era la medida en que este fenómeno era usual en la práctica de los Estados. El Sr. Lauterpacht observó que había ejemplos frecuentes de ese tipo de tratado<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> *Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 91, art. 6, párr. 2, apdo. b.

<sup>62</sup> *Ibid.*, págs. 114 y 115, párr. 5, b, del comentario del artículo 6, párr. 2, apdo. b. Se citaron ejemplos concretos en las declaraciones en 1962 del Sr. Briggs (*Anuario... 1962*, vol. I, 644.ª sesión, pág. 101, párr. 87), y en 1965 de los Sres. El-Erian (*Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 112, párr. 98), Bartoš (*ibid.*, 791.ª sesión, pág. 115, párr. 23) y Pessou (*ibid.*, pág. 116, párr. 31), así como en la declaración de Venezuela en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el

34. Durante el debate sobre el primer informe del Sr. Fitzmaurice<sup>63</sup>, en 1959, el Sr. Bartoš sugirió que debía prestarse cierta atención a la práctica cada vez más frecuente, en particular en los acuerdos mercantiles, de incluir una cláusula respecto de la entrada en vigor provisional de un acuerdo hasta que era ratificado<sup>64</sup>. Dicha sugerencia fue reiterada en 1962, cuando se refirió a la práctica reciente, sobre todo en el caso de los acuerdos aduaneros, según la cual los instrumentos entraban en

Derecho de los Tratados (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 155, párr. 29).

<sup>63</sup> Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 103. En su comentario del artículo 42, párr. 1, el Relator Especial simplemente observó que «este párrafo prevé el caso de una entrada en vigor provisional» (*ibid.*, pág. 128, párr. 106).

<sup>64</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 487.ª sesión, pág. 38, párr. 37.

vigor inmediatamente aun estando pendientes de la ratificación definitiva<sup>65</sup>.

35. En el comentario a su propuesta sobre el artículo 20, párr. 6, el Sr. Waldock aludió a un fenómeno que no era raro en la práctica moderna: un tratado que entraba en vigor provisionalmente, en espera de su entrada en vigor definitiva<sup>66</sup>. En el comentario del artículo 24 (en su nueva numeración), aprobado por la Comisión en 1962, se afirmaba: «Este artículo reconoce un procedimiento que se utiliza ahora con cierta frecuencia y que es necesario señalar en el proyecto de artículos»<sup>67</sup>.

36. En 1965, el Sr. Tunkin consideró que el artículo 24 describía una práctica existente en vez de expresar una norma jurídica. Sabía por experiencia que no era raro que un tratado bilateral estuviera sujeto a ratificación pero entrara en vigor inmediatamente después de la firma<sup>68</sup>. Posteriormente, el Relator Especial, Sr. Waldock, observó que la Comisión, en general, parecía estar firmemente convencida de que se trataba de un fenómeno corriente que había llegado a ser parte normal de la práctica vigente en materia de tratados<sup>69</sup>.

37. Estas ideas se reflejaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados<sup>70</sup>. Venezuela expresó la opinión de que la entrada en vigor provisional se correspondía con una práctica generalizada y que la aplicación provisional respondía a necesidades reales en las relaciones internacionales<sup>71</sup>. Varias delegaciones se opusieron a una propuesta de suprimir el artículo alegando que reflejaba una práctica existente<sup>72</sup>.

38. La práctica solía justificarse por la necesidad de acelerar la aplicación de un tratado, generalmente con carácter urgente. En 1959, el Sr. Bartoš se refirió a la existencia de consideraciones prácticas válidas para la inclusión de una disposición<sup>73</sup>, y el Sr. Scelle estaba dispuesto a admitirla en algunos casos muy excepcionales, por ejemplo en acuerdos aduaneros destinados a ofrecer protección inmediata a la economía de un país<sup>74</sup>. En el comentario del artículo 24, aprobado en 1962, se afirmaba que «[d]ebido a la urgencia de los asuntos que

son objeto del tratado o por otras razones, los Estados interesados pueden disponer en un tratado cuya ratificación o aprobación tengan que solicitar de las autoridades constitucionales competentes, que este entrará en vigor provisionalmente»<sup>75</sup>. El Sr. El-Erian, en 1965, se mostró de acuerdo con esa opinión al afirmar que la inclusión en un tratado de una cláusula sobre la entrada en vigor provisional era de utilidad cuando se trataba de una cuestión urgente, cuando la aplicación inmediata del tratado tenía gran importancia política o cuando era importante desde el punto de vista psicológico no tener que esperar el largo proceso que entraña el cumplimiento de los requisitos constitucionales<sup>76</sup>.

39. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Venezuela observó que la práctica se fundaba en la urgencia de ciertos tratados<sup>77</sup>. Rumania afirmó que la práctica de aplicar provisionalmente los tratados surgió en aquellos casos en que la urgencia del contenido del tratado exigía su aplicación inmediata<sup>78</sup>. Malasia señaló que las ventajas que se derivaban del tratado podían obtenerse mucho antes<sup>79</sup>. Austria observó que la estrecha interdependencia que caracterizaba a las relaciones internacionales podía requerir la inmediata aplicación de un tratado<sup>80</sup>. Costa Rica opinó que la práctica debía ser elogiada por su flexibilidad<sup>81</sup>. Italia señaló que el objeto del artículo 22 era, entre otras cosas, introducir el necesario elemento de flexibilidad para regular los tratados internacionales actuales<sup>82</sup>. Del mismo modo, el Consultor Técnico, Sr. Waldock, recordó que la aplicación provisional solía utilizarse en dos situaciones: *a*) cuando, por la urgencia de la cuestión de que se trataba, especialmente en relación con los tratados económicos, era sumamente aconsejable que se adoptaran en breve plazo determinadas medidas mediante acuerdo; y *b*) en casos que, sin ser tan urgentes, se referían a materias consideradas como muy beneficiosas y en los que existía casi la certeza de que se obtendría la aprobación parlamentaria<sup>83</sup>.

40. Otro de los motivos citados tenía que ver con consideraciones de derecho interno. Por ejemplo, Suecia observó que la aplicación provisional se regulaba porque a menudo no había seguridad absoluta de que el resultado de los procedimientos constitucionales internos confirmara la aceptación provisional del tratado<sup>84</sup>. El Sr. de Luna había aludido a ello en 1965 al observar que el método previsto en el artículo 24 constituía un medio de superar las dificultades de ratificación debidas a requisitos constitucionales mucho más elegante que el de

<sup>65</sup> *Anuario... 1962*, vol. I, 643.ª sesión, párr. 95, párr. 86. Véase también, *ibíd.*, 647.ª sesión, párr. 126, párr. 97.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, vol. II, párr. 81, párr. 7 del comentario del artículo 20.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, párr. 210, párr. 1 del comentario del artículo 24.

<sup>68</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 791.ª sesión, párr. 115, párr. 28.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, párr. 117, párr. 55.

<sup>70</sup> Véase también la opinión expresada por el Sr. Waldock, en su calidad de Consultor Técnico en el sentido de que la práctica de la aplicación provisional estaba ya bien afianzada en un gran número de Estados (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 89).

<sup>71</sup> *Ibíd.*, *primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 29 y 31. No obstante, véase también la opinión de Bulgaria de que el artículo 22 se refería a una situación que se presentaba muy raramente (*ibíd.*, párr. 59).

<sup>72</sup> Véanse los comentarios de Israel (*ibíd.*, párr. 44), Francia (*ibíd.*, párr. 45), Suiza (*ibíd.*, párr. 46), el Reino Unido (*ibíd.*, párr. 48), Camboya (*ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 4), Rumania (*ibíd.*, párr. 5), Italia (*ibíd.*, 11.ª sesión plenaria, párr. 83) y Polonia (*ibíd.*, párr. 87).

<sup>73</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 487.ª sesión, párr. 38, párr. 40.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, párr. 41.

<sup>75</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, párrs. 210 y 211, párr. 1 del comentario del artículo 24.

<sup>76</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, párr. 96; véase también el ejemplo que se menciona en *ibíd.*, párr. 98.

<sup>77</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 29.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 5.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, *segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 59.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, párr. 67.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párr. 83.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, párr. 89.

<sup>84</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, párrs. 385 y ss.



utilizar una terminología especial a fin de eludir los términos «tratado» y «ratificación»<sup>85</sup>. En el mismo período de sesiones de la Comisión, el Sr. Bartoš observó que si un tratado solo se aplicaba provisionalmente, la mayoría de los sistemas jurídicos considerarían la situación como un expediente práctico que no introducía las normas de derecho internacional en el derecho interno<sup>86</sup>.

41. Varias delegaciones en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados manifestaron la misma opinión. Por ejemplo, Yugoslavia consideró que el artículo era útil desde el punto de vista jurídico<sup>87</sup>. Rumania observó que la aplicación provisional satisfacía las necesidades reales de los Estados al establecer un mecanismo que permitía evitar demoras en la ratificación, aprobación o aceptación<sup>88</sup>. Malasia señaló que en ocasiones convenía evitar la innecesaria demora que suponía el seguir los trámites tradicionales<sup>89</sup>.

42. No obstante, algunas delegaciones expresaron dudas precisamente por motivos relacionados con el cumplimiento del derecho interno. Por ejemplo, Viet Nam observó que podía darse el caso de que algunos Estados, presionados por las circunstancias, se obligaran apresuradamente sin sopesar las dificultades que podían surgir en la ulterior ratificación de lo concertado<sup>90</sup>. Venezuela indicó que los gobiernos eran reacios a comprometerse sin haber cumplido debidamente los requisitos de derecho interno a menos que estuvieran seguros de que la ratificación no plantearía ningún problema político<sup>91</sup>. Grecia afirmó que las disposiciones del artículo 22 podían llevar a un conflicto entre el derecho internacional y el derecho constitucional de un Estado y dar con ello lugar a delicadas situaciones<sup>92</sup>. Sin embargo, algunas delegaciones observaron que la solución para los Estados que se enfrentaban a dificultades constitucionales era no concluir tratados que contuvieran disposiciones que permitiesen su aplicación provisional<sup>93</sup>. El Consultor Técnico, Sr. Waldock, expresó sorpresa por el grado de preocupación, ya que le parecía que el artículo contribuía a salvaguardar la posición constitucional de ciertos Estados, y no a la inversa, pues no había ninguna necesidad de que el Estado de que se tratase recurriera al procedimiento de la aplicación provisional<sup>94</sup>.

<sup>85</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 112, párr. 92.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, 791.ª sesión, pág. 115, párr. 21. Véase también el comentario del Sr. Jiménez de Aréchaga de que era precisamente por las dificultades de orden constitucional que a veces demoraban la ratificación por lo que consideraba especialmente útil el artículo 24 (*ibíd.*, pág. 117, párr. 50).

<sup>87</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 28.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 5.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, 26.ª sesión, párr. 26.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, párr. 30. Véanse también los comentarios de Suiza (*ibíd.*, párr. 46), los Estados Unidos (*ibíd.*, párr. 51) y Malasia (*ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 7).

<sup>92</sup> *Ibíd.*, *segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 73.

<sup>93</sup> Véanse las declaraciones del Uruguay (*ibíd.*, párr. 78), el Canadá (*ibíd.*, párr. 80), Italia (*ibíd.*, párr. 84), Colombia (*ibíd.*, párr. 86), Polonia (*ibíd.*, párr. 87) y Uganda (*ibíd.*, párr. 92).

<sup>94</sup> *Ibíd.*, párrs. 89 y 90.

43. Guatemala<sup>95</sup>, Costa Rica<sup>96</sup>, el Camerún<sup>97</sup> y el Uruguay<sup>98</sup> anunciaron que no podían apoyar el artículo por entrar en conflicto con sus respectivas constituciones. La República de Corea indicó que se había abstenido en la votación de la disposición porque esta podía colocarla en una posición difícil por razones de orden constitucional<sup>99</sup>. El Salvador manifestó que, aunque el artículo 22 creaba ciertos problemas para su delegación, había votado a favor del mismo en reconocimiento de la importancia de la práctica internacional que en él se establecía<sup>100</sup>. Tras la adopción del texto íntegro de la Convención de Viena de 1969, Guatemala hizo constar sus reservas en relación con, entre otros, el artículo 25, a la luz de las limitaciones impuestas por su Constitución<sup>101</sup>.

### B. Tránsito de la «entrada en vigor» provisional a la «aplicación» provisional

44. Las distintas versiones de la disposición elaborada por la Comisión hacían alusión a la «entrada en vigor» con carácter provisional. No obstante, en las actas de la Comisión pueden encontrarse referencias a la expresión «aplicación provisional» que se remontan a 1962. Por ejemplo, ese año, el Sr. Verdross se refirió a una práctica en la que un tratado, una vez que ha sido firmado, se puede poner en vigor «si es aplicado en la práctica aun antes de su ratificación»<sup>102</sup>. El Sr. Briggs citó el ejemplo de un tratado entre los Estados Unidos y Filipinas, a una de cuyas disposiciones se dio aplicación en virtud de una proclamación presidencial en una fecha anterior a la de la entrada en vigor<sup>103</sup>. El Sr. Bartoš, refiriéndose a varios acuerdos entre Italia y Yugoslavia, indicó que esos acuerdos preveían «su aplicación provisional en espera de la ratificación»<sup>104</sup>.

45. La propuesta del Sr. Waldock sobre el artículo 21, párr. 2, apdo. *b*, indicaba que cualquiera de las partes podía dar aviso de su propósito de poner fin a la aplicación provisional del tratado<sup>105</sup>. En este sentido, explicaba que debía llegar un momento en el que los Estados pudieran decir que se ponía fin a la aplicación provisional del tratado<sup>106</sup>, y señaló que parecía adecuado que se regulara el acto de retiro de la aplicación provisional del tratado<sup>107</sup>. El Sr. Tunkin dudaba de la conveniencia de incluir el apartado *b* porque cabía interpretarlo «en el sentido de que, a pesar de las disposiciones del tratado mismo, un Estado podría poner fin a su aplicación provisional»<sup>108</sup>.

46. El artículo 21 (que pasó a ser el 24), aprobado por la Comisión en 1962, incluía la siguiente frase: «o hasta

<sup>95</sup> *Ibíd.*, párr. 54.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, párr. 67.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, párr. 72.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, párr. 77.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, párr. 102.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, párrs. 103 y 104.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, 36.ª sesión, párr. 69.

<sup>102</sup> *Anuario... 1962*, vol. I, 644.ª sesión, pág. 100, párr. 69.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, pág. 101, párr. 87.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, 647.ª sesión, pág. 126, párr. 98.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, vol. II, págs. 81 y 82.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pág. 82, párr. 4 del comentario del artículo 21.

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> *Ibíd.*, vol. I, 657.ª sesión, pág. 193, párr. 15.

que los Estados interesados acordaren poner término a su aplicación provisional»<sup>109</sup>. En el comentario del artículo se indicaba que la aplicación «provisional» del tratado terminaría cuando fuera ratificado o aprobado de conformidad con sus disposiciones o cuando los Estados interesados acordaran «poner término a la aplicación provisional del tratado»<sup>110</sup>.

47. Algunas de las observaciones escritas presentadas por los gobiernos se redactaron haciendo alusión a la «aplicación» provisional. Por ejemplo, Suecia se refirió a la terminación de la aplicación provisional del tratado<sup>111</sup>. Los Países Bajos examinaron la diferencia entre entrada en vigor provisional y aplicación provisional, e indicaron que el término «aplicación provisional» podía entenderse también como referido a una forma no obligatoria de aplicación provisional<sup>112</sup>.

48. Fue en el marco de una observación del Sr. Reuter, en 1965, cuando se planteó directamente la idoneidad de referirse a «aplicación provisional» frente a «entrada en vigor provisional». En su opinión:

La expresión «entrada en vigor provisional» corresponde sin duda a la realidad pero es inexacta, ya que la entrada en vigor es algo muy diferente de la aplicación de las disposiciones de un tratado. La entrada en vigor puede hacerse depender de determinadas condiciones, de un plazo o de un procedimiento dado, que la disocian de la aplicación de las disposiciones del tratado. La práctica a que se refiere el artículo no consiste en poner en vigor todo el tratado con su mecanismo convencional, incluidas en especial las cláusulas finales, sino en adoptar las disposiciones necesarias para la inmediata aplicación de sus normas sustantivas<sup>113</sup>.

49. Esta opinión recibió el apoyo del Sr. Verdross, que afirmó que la cuestión que se debatía era evidentemente la aplicación de algunas de las disposiciones del tratado, no la del tratado en su totalidad y, mucho menos, la de las cláusulas finales<sup>114</sup>; del Sr. Bartoš<sup>115</sup>; del Sr. de Luna, que se mostró de acuerdo en que la expresión «entrada en vigor provisional» resultaba poco feliz<sup>116</sup>; del Sr. Lachs, que manifestó que la disposición se refería en realidad a la aplicación con carácter provisional de las cláusulas del tratado<sup>117</sup>; y del Sr. Briggs<sup>118</sup>. El Sr. Jiménez de Aréchaga se mostró de acuerdo desde el punto de vista de la lógica, aunque indicó que la entrada en vigor provisional era una práctica común<sup>119</sup>.

50. El Sr. Ago explicó la situación según su entender afirmando que:

5. [...] [E]l artículo 24 trata de dos situaciones completamente distintas. La primera, que mencionó el Sr. Reuter [...], es cuando el

tratado mismo no entra en vigor antes del canje de los instrumentos de ratificación o aprobación; mediante una especie de acuerdo secundario distinto del tratado, las partes, en el momento de la firma, convienen en aplicar provisionalmente algunas o incluso todas las cláusulas del tratado.

6. La segunda situación, más importante, es la que la Comisión consideró en 1962 y que el Relator Especial ha tenido en cuenta al proponer su texto revisado: el tratado entra realmente en vigor en el momento de la firma pero queda sujeto a ratificación posterior; esta no hace sino confirmar lo que ya existía desde el momento de la firma. Podría decirse que en ese caso el tratado entra en vigor bajo condición resolutoria. Si la ratificación no se efectúa oportunamente, el tratado cesa de estar en vigor; no obstante, habrá estado mientras tanto rigiendo y habrá producido efectos desde el momento de la firma hasta que deja de estar en vigor por falta de ratificación. [...]

7. [...] [S]i la entrada en vigor solo se produce en el momento de la ratificación, lo que sucede en el intervalo entre la firma y la ratificación es que determinadas cláusulas del tratado se aplican provisionalmente en virtud de un acuerdo secundario entre las partes, y es solo este acuerdo el que entra en vigor<sup>120</sup>.

Posteriormente añadió que la primera de las situaciones de que había hablado, la de la aplicación provisional a que se refirió el Sr. Reuter, debía mencionarse en el artículo 24<sup>121</sup>.

51. El Sr. Tsuruoka se mostró de acuerdo con el Sr. Ago en que lo que ocurría es que entraba en vigor un acuerdo distinto del tratado, de conformidad con el artículo 23; el tratado se aplicaba entonces provisionalmente con arreglo a las condiciones establecidas en ese acuerdo accesorio<sup>122</sup>. Sin embargo, el Sr. Jiménez de Aréchaga no creía que existiera diferencia entre las dos situaciones que había mencionado el Sr. Ago<sup>123</sup>. El Sr. Tunkin convino con el Sr. Ago en que existían dos posibilidades pero, por motivos prácticos, no creía que hubieran de estar previstas en el artículo 24. La entrada en vigor provisional era importante y el artículo 24 debía mantenerse para regularla<sup>124</sup>.

52. Posteriormente, el Sr. Waldock recordó que habían surgido algunas discrepancias acerca de si, en el caso previsto en el artículo, el tratado entraba en vigor provisionalmente o si había un acuerdo para aplicar determinadas disposiciones del tratado. El Comité de Redacción se había referido en el artículo 24 a la entrada en vigor provisional de un tratado porque tal era la terminología frecuente en los tratados y entre los Estados. Además, en su opinión, la diferencia entre ambos conceptos era puramente doctrinal<sup>125</sup>. En este sentido, añadió que, en realidad, el artículo 23 (Entrada en vigor de los tratados) se refería a los casos en que el tratado nada disponía sobre su entrada en vigor pero, por acuerdo colateral, los Estados interesados convenían en que entrara en vigor en determinada fecha. No le parecía que hubiera gran diferencia entre ese supuesto y el del Estado que convenía en que, aun estando sujeto a ratificación, el tratado entrara en vigor provisionalmente<sup>126</sup>.

<sup>109</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 210.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, pág. 211, párr. 2 del comentario del artículo 24.

<sup>111</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 387, comentario del artículo 24; véase también el comentario de Luxemburgo sobre el artículo 12 (*ibíd.*, pág. 353).

<sup>112</sup> *Ibíd.*, págs. 359 y 360.

<sup>113</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 75.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, párr. 81.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, párr. 83.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, pág. 112, párr. 91.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, pág. 113, párr. 100.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, 791.ª sesión, párr. 3.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 76. El Sr. Tunkin discrepó de la opinión del Sr. Reuter (*ibíd.*, 791.ª sesión, pág. 115, párr. 29).

<sup>120</sup> *Ibíd.*, 791.ª sesión, págs. 113 y 114, párrs. 5 a 7.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, pág. 114, párr. 17.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, párr. 11.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, pág. 117, párr. 53.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, párr. 54.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, 814.ª sesión, pág. 285, párr. 39.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, párr. 40.

53. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en 1968, la Comisión Plenaria examinó una propuesta presentada conjuntamente por Checoslovaquia y Yugoslavia para modificar el párrafo 1 del artículo 22 y sustituir la referencia a la entrada en vigor provisional por la aplicación provisional<sup>127</sup>. La propuesta de modificación recibió el apoyo de los Estados Unidos (si se decidía mantener el artículo 22, la expresión «entrar en vigor» debía sustituirse por «ser aplicado»)<sup>128</sup>, Ceilán (estaba de acuerdo en que se utilizara la expresión «ser aplicado»)<sup>129</sup>, Italia (no podía confundirse la simple aplicación, cuestión que pertenecía a la práctica, y la entrada en vigor, que era una noción jurídica formal)<sup>130</sup>, Checoslovaquia (había que decir «aplicación provisional», ya que no podía haber dos entradas en vigor)<sup>131</sup>, Israel (la palabra «provisionalmente» introducía un elemento temporal y, salvo que se pusiera el acento sobre la aplicación en vez de hacerlo sobre la entrada en vigor, sería necesario precisar que la palabra «provisionalmente» se refería al tiempo y no a los efectos jurídicos)<sup>132</sup>, Francia (la noción de entrada en vigor provisional era difícil de definir desde un punto de vista jurídico)<sup>133</sup>, Suiza<sup>134</sup>, el Reino Unido (se trataba más bien de la aplicación que de la entrada en vigor del tratado)<sup>135</sup>, Grecia<sup>136</sup>, Camboya<sup>137</sup>, Tailandia<sup>138</sup> y el Ecuador (la referencia a la «aplicación provisional» tenía un sentido más jurídico y exacto que la fórmula «entrada en vigor provisional»)<sup>139</sup>. No obstante, el Iraq discrepó (desde un punto de vista jurídico, la situación era la misma que en el momento de la entrada en vigor definitiva. La única diferencia se refería al elemento del tiempo)<sup>140</sup>.

54. El Consultor Técnico, Sr. Waldock, recordó que la Comisión, y en especial su Comité de Redacción, habían examinado detenidamente la cuestión relativa a la opción entre las expresiones «aplicación provisional» y «entrada en vigor provisional». La Comisión decidió finalmente optar por la «entrada en vigor provisional» por entender que la gran mayoría de los tratados que se referían a la institución examinada empleaban expresamente ese término. En buen estilo jurídico, además, parecía preferible no hablar de aplicación, pues era evidente que antes de que pudiera aplicarse cualquier disposición de un tratado ya había de estar en vigor algún instrumento internacional. Este instrumento podría ser el propio tratado principal o un acuerdo de carácter accesorio, como un canje de notas al margen del tratado. Otra razón consistía en

que era muy común utilizar esa institución en los casos en que se necesitaba con bastante urgencia poner en vigor las disposiciones del tratado. En esos casos, la ratificación a veces no llegaba a efectuarse nunca, porque el objeto del tratado estaba efectivamente logrado antes de que pudiera hacerse esa ratificación. Es evidente que esos actos habían de tener un fundamento jurídico y por eso debía hacerse una referencia a la «entrada en vigor provisional»<sup>141</sup>.

55. No obstante, la enmienda fue aprobada, y las posteriores versiones del artículo reflejaron la nueva formulación. La cuestión volvió a plantearse el año siguiente, cuando se produjo un intercambio de opiniones en el pleno de la Conferencia en relación con las consecuencias jurídicas del cambio de formulación<sup>142</sup>.

### C. Fundamento jurídico de la aplicación provisional

56. En un primer momento, la Comisión concibió la práctica de la entrada en vigor provisional como una posibilidad que solo podía contemplarse conforme a los términos del propio tratado. El Sr. Lauterpacht, en 1953, proporcionó ejemplos de disposiciones específicas de tratados que permitían la aplicación antes de la entrada en vigor<sup>143</sup>. El Sr. Fitzmaurice, en su primer informe, mantuvo este planteamiento en su propuesta de artículo 42, párr. 1 («Sin embargo, en un tratado se podrá disponer que el mismo entrará en vigor provisionalmente»)<sup>144</sup>. Del mismo modo, el Sr. Waldock, en su primer informe, también limitó inicialmente esta posibilidad a los tratados en los que se contemplaba de forma expresa<sup>145</sup>. El debate de la Comisión en 1962 también se ajustó a estos parámetros. Por ejemplo, el Sr. Bartoš citó ejemplos de acuerdos internacionales en los que se había estipulado que el tratado debía aplicarse desde el día de la firma, mientras que la fuerza vinculante del tratado dependía del canje de los instrumentos de ratificación<sup>146</sup>.

57. Sin embargo, el Sr. Rosenne observó que, a veces, cuando se concertaba un acuerdo solemne a reserva de ratificación, se preparaba otro en forma simplificada para poner aquel en vigor provisionalmente durante el período intermedio, es decir hasta que se lo ratificara o hasta que se supiera con certeza que no sería ratificado<sup>147</sup>. El Relator Especial, Sr. Waldock, se mostró de acuerdo, afirmando que era necesario incluir una explicación en el comentario para indicar que ese caso quedaba comprendido también en la disposición, puesto que el texto del artículo 21 no se

<sup>127</sup> A/CONF.39/C.1/L.185 y Add.1, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), Informe de la Comisión Plenaria, párr. 224.

<sup>128</sup> *Ibid.*, primer período de sesiones... (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 24.

<sup>129</sup> *Ibid.*, párrs. 34 y 35.

<sup>130</sup> *Ibid.*, párr. 43.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>132</sup> *Ibid.*, párr. 44.

<sup>133</sup> *Ibid.*, párr. 45.

<sup>134</sup> *Ibid.*, párr. 46.

<sup>135</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>136</sup> *Ibid.*, párr. 54.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 27.ª sesión, párr. 4.

<sup>138</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>139</sup> *Ibid.*, párr. 14.

<sup>140</sup> *Ibid.*, 26.ª sesión, párr. 52.

<sup>141</sup> *Ibid.*, 27.ª sesión, párrs. 15 a 18.

<sup>142</sup> Véanse los párrafos 77 a 79 *infra*.

<sup>143</sup> *Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 114 y 115, párr. 5, *b*, del comentario del artículo 6, párr. 2, apdo. *b*.

<sup>144</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 116.

<sup>145</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 80 art. 20, párr. 6 («puede prescribirse en un tratado que éste entrará en vigor provisionalmente») y pág. 81, art. 21, párr. 2, apdo. *a* («Cuando un tratado establezca que entrará en vigor provisionalmente»).

<sup>146</sup> *Ibid.*, vol. I, 647.ª sesión, pág. 126, párr. 97. Véase también la declaración del Sr. Liang, Secretario de la Comisión, respecto de un pasaje de la publicación *Précis de la pratique du Secrétaire Général dépositaire d'accords multilatéraux* (ST/LEG/7, párr. 42) en el que se estipulaba que un Estado no podía ser parte en un convenio de manera provisional o en relación con determinadas de sus disposiciones a no ser que esa posibilidad estuviera prevista en el convenio (*ibid.*, pág. 122, párr. 40).

<sup>147</sup> *Ibid.*, 668.ª sesión, pág. 278, párr. 38.

refería a él expresamente<sup>148</sup>. Aunque el artículo 21 (que pasó a ser el 24), aprobado por la Comisión ese año, mantuvo el enfoque inicial, el comentario incluía una observación según la cual cabía preguntarse si en esos casos había de considerarse que el tratado entraba en vigor provisionalmente en virtud de las disposiciones del tratado mismo o en virtud de un acuerdo accesorio que concertaban los Estados interesados al aprobar el texto<sup>149</sup>.

58. En su cuarto informe, el Sr. Waldock, en respuesta a una observación formulada por Suecia, en la que se planteaba la posibilidad de un acuerdo separado entre las partes<sup>150</sup>, propuso revisar el artículo 24 para tener en cuenta los casos en que el acuerdo para poner el tratado provisionalmente en vigor no figuraba expresamente en el tratado mismo sino en otro instrumento<sup>151</sup>. En este sentido, proponía que el texto tuviera la siguiente redacción: «Un tratado podrá prescribir, o las partes podrán convenir de otra forma, que hasta su entrada en vigor [...] entrará en vigor provisionalmente»<sup>152</sup>. El Relator Especial explicó que la expresión «de otra forma» tenía por objeto prever el caso de que no figurara ninguna estipulación al respecto en el propio tratado y las partes hicieran un acuerdo por separado, por ejemplo, mediante un canje de notas. Ese acuerdo constituiría en sí un tratado, pero no sería el tratado cuya entrada en vigor se discutía<sup>153</sup>.

59. Sobre esta cuestión se expresaron varias opiniones en la Comisión. Por ejemplo, el Sr. Rosenne propuso referirse solo al acuerdo de las partes<sup>154</sup>, mientras que el Sr. Lachs prefería hacer alusión a ambas situaciones<sup>155</sup>. El Sr. El-Erian opinaba que la cuestión de si la entrada en vigor provisional tenía su origen en el propio tratado o en un acuerdo subsidiario era de índole doctrinal y podía dejarse a la interpretación<sup>156</sup>. El Relator Especial observó que si no se disponía nada al respecto en el tratado, no se podía impedir que los Estados, mediante acuerdo, lo pusieran total o parcialmente en vigor<sup>157</sup>.

60. El texto finalmente aprobado por la Comisión se refería a la entrada en vigor provisional de un tratado en dos situaciones: si el propio tratado lo prescribía, o si los Estados negociadores habían convenido en ello de otro modo<sup>158</sup>. En cuanto al segundo caso, en el comentario se indicaba que otro procedimiento que surtía el mismo efecto era que los Estados interesados, sin insertar una cláusula en el tratado, acordaran, en un protocolo o canje de notas separado, o de alguna otra manera, poner el tratado en vigor provisionalmente<sup>159</sup>.

61. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, todas las propuestas de modificación del párrafo 1 del artículo 22 mantuvieron las dos posibilidades para dar lugar a la aplicación provisional de un tratado que se indicaban en la versión aprobada por la Comisión.

#### D. Aplicación provisional de parte de un tratado

62. Las primeras propuestas relativas a una disposición sobre la entrada en vigor provisional, incluida la formulada por el Sr. Waldock en su primer informe, se centraban en la totalidad del tratado. Sin embargo, en 1962, la Comisión aprobó, en primera lectura, una versión revisada del artículo, que se refería a la entrada en vigor provisional de un tratado en todo o en parte<sup>160</sup>. En 1965, el Comité de Redacción reestructuró el artículo, entre otras cosas para desplazar la cuestión de la entrada en vigor provisional de parte de un tratado a un segundo párrafo, que, posteriormente, quedó redactado así: «La misma regla se aplicará a la entrada en vigor provisional de una parte de un tratado». En el comentario figuraba la siguiente explicación: «No menos frecuente es hoy la práctica de poner en vigor provisionalmente solo determinada parte del tratado, a fin de satisfacer las exigencias inmediatas de la situación o de preparar el camino para la entrada en vigor del tratado en su totalidad algo más tarde»<sup>161</sup>.

63. Aunque en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados hubo dos propuestas de suprimir el párrafo 2<sup>162</sup> que fueron rechazadas<sup>163</sup>, Checoslovaquia y Yugoslavia formularon una propuesta conjunta para el párrafo 1<sup>164</sup>, que sí se aprobó<sup>165</sup>, y que trajo consigo que el contenido del párrafo 2 de la versión de la Comisión se desplazara al encabezamiento del párrafo 1 («Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente»).

#### E. Condicionalidad

64. Durante la fase inicial del examen de la Comisión, las referencias a la entrada en vigor provisional de un tratado solían aludir también a las condiciones en las que el tratado entraría en vigor con carácter provisional. En su primer informe, el Sr. Lauterpacht citó ejemplos de tratados que entraban en vigor, antes de la ratificación, en una determinada fecha, por ejemplo, la fecha de la firma o 15 días después de ella<sup>166</sup>. En su propuesta de artículo 42,

<sup>160</sup> *Anuario...* 1962, vol. II, pág. 210, art. 24.

<sup>161</sup> *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 231, párr. 3 del comentario del artículo 22.

<sup>162</sup> Propuestas planteadas por Filipinas (A/CONF.39/C.1/L.165) y conjuntamente por Checoslovaquia y Yugoslavia (A/CONF.39/C.1/L.185 y Add.1) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), pág. 154, párr. 223). Véanse también las declaraciones de Filipinas (ibíd., *primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 25) y de Malasia y Tailandia (ibíd., 27.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 7 y 8, respectivamente).

<sup>163</sup> Por 63 votos contra 11 y 12 abstenciones (ibíd., *períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), párr. 227, a).

<sup>164</sup> Véase la nota 162 *supra*.

<sup>165</sup> Por 72 votos contra 3 y 11 abstenciones (ibíd., párr. 227, b).

<sup>166</sup> *Yearbook...* 1953, vol. II, págs. 114 y 115, párr. 5, b, del comentario del artículo 6, párr. 2, apdo. b.

<sup>148</sup> Ibíd., párr. 39.

<sup>149</sup> Ibíd., vol. II, págs. 210 y 211, párr. 1 del comentario del artículo 24.

<sup>150</sup> Véase *Anuario...* 1965, vol. II, pág. 387.

<sup>151</sup> *Anuario...* 1965, vol. II, pág. 61, párr. 3 de las observaciones y propuestas al artículo 24.

<sup>152</sup> Ibíd.

<sup>153</sup> Ibíd., vol. I, 790.ª sesión, pág. 112, párr. 90.

<sup>154</sup> Ibíd., párr. 95.

<sup>155</sup> Ibíd., pág. 113, párr. 101.

<sup>156</sup> Ibíd., pág. 112, párr. 97.

<sup>157</sup> Ibíd., 814.ª sesión, pág. 286, párr. 46.

<sup>158</sup> *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 231, art. 22, párr. 1.

<sup>159</sup> Ibíd., párr. 2 del comentario del artículo 22.

párr. 1, el Sr. Fitzmaurice contempló la posibilidad de que un tratado entrara en vigor provisionalmente en una fecha determinada, o cuando ocurriera un hecho determinado, tal como el depósito de cierto número de ratificaciones<sup>167</sup>. Del mismo modo, el Sr. Waldock incluyó una referencia a la posibilidad de que la entrada en vigor provisional tuviera lugar «en el momento de la firma, o en una fecha dada o con ocasión de un acontecimiento determinado» (propuesta de artículo 20, párr. 6)<sup>168</sup>, así como «en una fecha dada o con ocasión de un acontecimiento determinado» (propuesta de artículo 21, párr. 2, apdo. a)<sup>169</sup>. El artículo 21 (que pasó a ser el 24), aprobado en 1962, hablaba de la entrada en vigor provisional «en una fecha dada o cuando se cumplan determinados requisitos»<sup>170</sup>.

65. Sin embargo, el texto aprobado por la Comisión en 1965 excluyó cualquier referencia a una fecha o acontecimiento con motivo del cual un tratado entraría en vigor con carácter provisional. Esto se mantuvo en todas las versiones posteriores, incluida la que finalmente se aprobó como artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

## F. Naturaleza jurídica de la aplicación provisional

### 1. CONSIDERACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

66. La posición general de la Comisión, que esta mantuvo mientras examinó la cuestión de la entrada en vigor provisional de los tratados, fue que esa práctica significaba que existía la obligación de aplicar el tratado, incluso si la aplicación solo era provisional<sup>171</sup>.

67. Por ejemplo, el Sr. Fitzmaurice, en su primer informe, propuso el artículo 42, que, en su párrafo 1, establecía que en esos casos nacería una obligación provisional de ejecutar el tratado<sup>172</sup>. En 1959, durante el debate sobre el informe, y en respuesta a una pregunta formulada por el Sr. Bartoš (quien se preguntaba cuál sería la condición jurídica de tales acuerdos si una parte no los ratificaba)<sup>173</sup>, el Relator Especial recordó que la cuestión estaba abordada en el artículo 42, párr. 1<sup>174</sup>. El Sr. Scelle, sin embargo, estimó que no se podía decir que un tratado que no había sido ratificado hubiera sido concertado o surtiera efecto<sup>175</sup>.

68. La cuestión se planteó nuevamente en 1962, durante el examen del primer informe del Sr. Waldock, y no solo en relación con sus propuestas sobre la entrada en vigor provisional de los tratados. En el contexto del proyecto

de artículo 9 (Efectos jurídicos de la firma definitiva), y en particular respecto de la referencia que se hacía a la buena fe del Estado signatario, en el párrafo 2, apdo. e, el Sr. Verdross señaló que si se firmaba un tratado sujeto a ratificación y no era ratificado, no había obligación alguna, lo que no excluía que se pudiera ratificar *de facto* un tratado poniéndolo en vigor una vez que hubiera sido firmado si se lo aplicaba en la práctica aun antes de su ratificación<sup>176</sup>. La cuestión fue examinada nuevamente por el Sr. Bartoš en una reunión posterior, durante la discusión del artículo 12 (Efectos jurídicos de la ratificación), en que señaló que de vez en cuando ocurría que el canje de los instrumentos de ratificación no se efectuaba sino algún tiempo después de que las disposiciones del tratado habían sido íntegramente aplicadas, aunque hasta la ratificación solo tuvieran una validez provisional, y que en ese caso era la ratificación la que daba fuerza obligatoria a los efectos del tratado y a los actos fundados sobre él<sup>177</sup>.

69. La opinión de los dos Relatores Especiales que trataron la cuestión de la entrada en vigor provisional de los tratados en sus respectivos informes, los Sres. Fitzmaurice y Waldock, era clara: ambos decidieron considerar el arreglo como una especie de entrada en vigor del tratado, con todos los efectos jurídicos consiguientes. El Sr. Waldock fue más explícito al respecto<sup>178</sup>. Al explicar su propuesta para el artículo 20, párr. 6, señaló que una cláusula que dispusiera la entrada en vigor provisional del tratado era, en cierto modo, una cláusula relativa al modo de poner en vigor un tratado<sup>179</sup>. Los «efectos jurídicos» de la entrada en vigor provisional fueron señalados más tarde en su propuesta de artículo 21, párr. 2, apdo. a, que establecía que los derechos y las obligaciones contenidos en el tratado tendrían efectividad para las partes en él<sup>180</sup>. Asimismo, observó que el párrafo 2 tenía por objeto establecer los efectos jurídicos de la entrada en vigor provisional de un tratado. Como es lógico, la regla contenida en el párrafo 2, apdo. a, resulta simplemente del carácter provisional de la entrada en vigor<sup>181</sup>.

70. A pesar de la opinión en sentido contrario de por lo menos uno de sus miembros<sup>182</sup>, la Comisión retuvo esa referencia contextual a la «entrada en vigor» en el artículo 22 (que pasó a ser el 24), según la versión adoptada en 1962<sup>183</sup>. Tras la sugerencia formulada por el Sr. Bartoš de que era necesaria alguna explicación en el comentario para evitar que se dijera que era ilógico, desde el punto de vista jurídico, hacer entrar en vigor un tratado de manera provisional y exigir un canje de instrumentos

<sup>176</sup> *Anuario... 1962*, vol. I, 644.ª sesión, pág. 99, párr. 69.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, 647.ª sesión, pág. 126, párr. 97.

<sup>178</sup> En cuanto a la opinión del Sr. Fitzmaurice, véase el párrafo 67 *supra*.

<sup>179</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 81, párr. 7 del comentario del artículo 20.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, pág. 81.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, pág. 82, párr. 4 del comentario del artículo 21.

<sup>182</sup> *Ibíd.*, vol. I, 657.ª sesión, pág. 193, párr. 9 (Sr. Castrén).

<sup>183</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 210 («el tratado entrará en vigor en la forma prescrita y seguirá provisionalmente en vigor»). Véase también la opinión de la Sexta Comisión de la Asamblea General aprobada el año siguiente, en el contexto de la normativa para la aplicación del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas («Se reconoció que, para los fines del artículo 1 del reglamento, un tratado entra en vigor cuando es aplicado provisionalmente, de común acuerdo, por dos o más de las partes contratantes») (*Anuario... 1963*, vol. II, pág. 32, párr. 129).

<sup>167</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 116.

<sup>168</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 80.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, pág. 81.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, pág. 210.

<sup>171</sup> Véase la declaración del Sr. François de 1951, que, aunque se refiere más directamente a la cuestión de los efectos del derecho interno sobre la observancia de los tratados, muestra la compleja cuestión jurídica que podría plantearse en el contexto de la aplicación provisional de los tratados (*Yearbook... 1951*, vol. I, 88.ª sesión, pág. 47, párrs. 37 y 38).

<sup>172</sup> Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 116.

<sup>173</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 487.ª sesión, pág. 38, párr. 37.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, párr. 38.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, párr. 39.

de ratificación para que tuviera una fuerza jurídica definitiva<sup>184</sup>, en el comentario al artículo 21 se confirmó que no había duda alguna de que esas cláusulas tenían efecto jurídico y ponían el tratado en vigor provisionalmente<sup>185</sup>.

71. En sus comentarios presentados por escrito en 1965 y en relación con esta disposición, los Países Bajos señalaron que interpretaban el artículo en el sentido de que se refería solamente a los casos en que los Estados se habían obligado jurídicamente a poner en vigor el tratado de manera provisional. No obstante, agregaron que los Estados signatarios podían concertar también un acuerdo no obligatorio acerca de la entrada en vigor provisional (dentro de los límites impuestos por sus respectivas leyes nacionales)<sup>186</sup>.

72. En 1965, el Sr. Bartoš, al comentar el artículo 24, señaló que las relaciones internacionales se facilitarían si se daba a los Estados la posibilidad de poner en vigor provisionalmente ciertos tratados antes de la ratificación, no como mero expediente práctico sino con todos los efectos jurídicos de su entrada en vigor. Estaba convencido de que la entrada en vigor provisional era realmente válida y creaba una obligación jurídica; incluso si posteriormente el tratado caducase por falta de ratificación, esa disolución del tratado no tendría efecto retroactivo ni obstaría a que el tratado hubiera permanecido en vigor durante algún tiempo. Había existido un régimen jurídico que había producido efectos y en cuyo marco se habían creado situaciones; por consiguiente, no podía decirse que la cuestión fuera puramente abstracta<sup>187</sup>.

73. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, la cuestión de la naturaleza jurídica de la aplicación provisional de un tratado se debatió principalmente en el contexto del principio *pacta sunt servanda*.

## 2. CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

74. La naturaleza jurídica de la aplicación provisional de los tratados también se planteó cuando la Comisión examinó el principio *pacta sunt servanda*. En el comentario del artículo 55, aprobado en 1964, se señaló que era necesario incluir las palabras «en vigor» por razones de pura lógica. Dado que la Comisión había aprobado una serie de artículos referentes a la entrada en vigor de los tratados, y en particular, a la entrada en vigor provisional, se estimaba necesario especificar que la regla *pacta sunt servanda* se aplicaba a los tratados en vigor de conformidad con las disposiciones de esos artículos<sup>188</sup>.

75. Israel, en sus comentarios presentados por escrito en 1965, en referencia al comentario del artículo 55, señaló que podría surgir la cuestión de la interrelación entre ese artículo y el artículo 24 (entrada en vigor provisional), en la inteligencia de que el principio general

*pacta sunt servanda* se aplicaría al acuerdo respecto del cual se postulaba la entrada en vigor provisional<sup>189</sup>.

76. En respuesta a esta última observación, el Sr. Waldock, en su sexto informe, recordó que la Comisión no había intentado, ni en 1962 ni en 1965, indicar de dónde dimanaban exactamente las obligaciones de las partes en los casos de entrada en vigor provisional<sup>190</sup>, y agregó:

En el artículo 24, tal como está redactado actualmente, se enuncia el precepto en términos inequívocos al señalarse que un tratado podía entrar en vigor provisionalmente; en otras palabras, en el artículo 24 se habla de la entrada en vigor de un tratado. Por consiguiente, no parece necesario hacer una referencia especial en el presente artículo a los «tratados provisionalmente en vigor». Tal como está expresada en el presente artículo, la norma *pacta sunt servanda*, se aplica a «todos los tratados en vigor» [...]; los tratados pueden estar en vigor de conformidad con el artículo 24 y también con el artículo 23<sup>191</sup>.

En el comentario del artículo 23 (antiguo artículo 55), aprobado en 1966, se afirmaba que las palabras «en vigor» se referían también a los tratados que estaban en vigor provisionalmente con arreglo al artículo 22<sup>192</sup>.

77. En 1968, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, durante la discusión sobre el artículo 23, se intercambiaron opiniones acerca de si la sustitución de «la entrada en vigor provisional» por «la aplicación provisional», en el artículo 22, había modificado la naturaleza jurídica de esa disposición. Por un lado, el Reino Unido señaló que entendía que la regla del artículo 23 se aplicaba también al tratado que se estaba aplicando provisionalmente de conformidad con el artículo 22, a pesar de que se hicieron pequeños cambios a su redacción<sup>193</sup>. La India no estaba de acuerdo y opinaba que a cualquiera de las obligaciones que surgiera en virtud del artículo 22 debía aplicársele la obligación general de actuar de buena fe, con arreglo al artículo 15 (Obligación de un Estado de no malograr el objeto de un tratado antes de su entrada en vigor) más que con arreglo al artículo 23 (*Pacta sunt servanda*)<sup>194</sup>.

78. Noruega recomendó cautela a fin de evitar la conclusión de que la norma establecida en el artículo 23 no se aplicaba a los tratados que se estuvieran aplicando provisionalmente<sup>195</sup>. Según su opinión, era claro que con arreglo al derecho internacional consuetudinario el principio *pacta sunt servanda* también se aplicaba a un tratado durante el período de aplicación provisional<sup>196</sup>. Colombia estuvo de acuerdo y propuso que se añadieran las palabras «o en aplicación provisional» después de las palabras «en vigor», en el artículo 23<sup>197</sup>. Yugoslavia también propuso una modificación similar al artículo 23 para asegurar

<sup>189</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 341; véase también *ibíd.*, pág. 64.

<sup>190</sup> Véase *ibíd.*, pág. 66, párr. 3 de las observaciones y propuestas al artículo 55.

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 232, párr. 3 del comentario del artículo 23.

<sup>193</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 58.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, párr. 70.

<sup>195</sup> *Ibíd.*, 12.ª sesión, párr. 32. Véase también, *ibíd.*, 29.ª sesión, párr. 58.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, 12.ª sesión, párrs. 33 y 34.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, párr. 45.

<sup>184</sup> *Anuario... 1962*, vol. I, 668.ª sesión, pág. 278, párr. 40.

<sup>185</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 82, párr. 1 del comentario del artículo 21.

<sup>186</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 359.

<sup>187</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 791.ª sesión, pág. 115, párr. 24. Véase también la declaración del Sr. Tsuruoka (*ibíd.*, párr. 27).

<sup>188</sup> *Anuario... 1964*, vol. II, pág. 171, párr. 3 del comentario del artículo 55.

que la redacción del artículo abarcara a los tratados que se aplican provisionalmente, el tema del artículo 22<sup>198</sup>. Rumania señaló que era obvio que el principio *pacta sunt servanda* también era aplicable a los tratados que se encontraban en vigor provisionalmente<sup>199</sup>.

79. El Presidente de la Conferencia, Sr. Ago, observó posteriormente que nadie dudaba de la solidez de las modificaciones propuestas por Yugoslavia y Colombia y añadió que era obvio que la expresión «tratado en vigor» incluía también a los tratados que se aplicaban provisionalmente<sup>200</sup>. La modificación propuesta por Yugoslavia fue remitida al Comité de Redacción y examinada junto a otra propuesta de Yugoslavia, de incluir un artículo 23 *bis*, que hubiera quedado redactado de la siguiente manera: «Todo tratado que se aplique provisionalmente, en su totalidad o en parte, obliga a los Estados contratantes y debe ser cumplido de buena fe»<sup>201</sup>. El Presidente del Comité de Redacción señaló más tarde que el Comité consideraba que la propuesta de Yugoslavia era evidente y que la aplicación provisional también estaba incluida en el alcance del artículo 23 sobre el principio *pacta sunt servanda*<sup>202</sup>.

### 3. CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO FRUSTRAR EL OBJETO DEL TRATADO O ENTORPECER SU EVENTUAL APLICACIÓN

80. En el curso de los debates sobre la obligación de buena fe de abstenerse de frustrar el objeto del tratado o entorpecer su eventual aplicación, también se hizo referencia a la aplicación provisional de los tratados. En su primer informe, publicado en 1962, el Sr. Waldock propuso el artículo 9, titulado «Efectos jurídicos de la firma definitiva», que, en su párrafo 2, apdo. *c*, establecía que: «El Estado signatario, durante el período que transcurre hasta que notifique a los demás Estados interesados su decisión en lo que respecta a la ratificación o aceptación del tratado o, de no haber tal notificación, durante un período razonable, se hallará obligado de buena fe a abstenerse de todo acto encaminado a frustrar los fines del tratado o a entorpecer su eventual aplicación»<sup>203</sup>.

81. Ese año, durante los debates sobre el artículo 9, el Sr. Bartoš celebró que se hubiera introducido la cláusula de la «buena fe» en el apartado *c* del párrafo 2 dado que recogía la práctica reciente, sobre todo tratándose de acuerdos aduaneros, que entraban en vigor inmediatamente aun estando pendiente su ratificación definitiva<sup>204</sup>. El Sr. Briggs señaló que las cláusulas de ciertos tratados podían entrar en vigor en el momento de la firma<sup>205</sup> y propuso incluir una disposición que estipulara que durante el período que transcurriera hasta la entrada en vigor del tratado, la obligación de no frustrar los fines de este no fuera simplemente de buena fe sino que emanara de un

principio del derecho internacional general<sup>206</sup>. Por otra parte, el Sr. Verdross sostuvo que el párrafo 2, apdo. *e* («El Estado signatario podrá también ejercer cualesquiera otros derechos que expresamente confieran el propio tratado o los presentes artículos a todo Estado signatario») <sup>207</sup> no obstaba a que un tratado que hubiera sido firmado fuera puesto en vigor si era aplicado en la práctica aún antes de su ratificación<sup>208</sup>.

82. En respuesta a las opiniones formuladas durante el debate, el Relator Especial, Sr. Waldock, tras sugerir que el apartado *d* pasara a constituir un artículo separado sobre los derechos y obligaciones de los Estados en espera de la entrada en vigor del tratado en cuya preparación hubiera participado<sup>209</sup>, agregó que durante las deliberaciones, algunos miembros habían sugerido que las disposiciones del apartado *e* podían resultar útiles para regular la cuestión de la entrada en vigor provisional y estuvo de acuerdo en que ello era así<sup>210</sup>. El Comité de Redacción propuso más tarde un nuevo artículo (que pasó a ser el 17) que se limitaba a hacer referencia a la obligación general de actuar de buena fe y abstenerse de realizar actos para frustrar el objeto del tratado.

83. En 1965, el Sr. Briggs señaló que el artículo 24 (entrada en vigor provisional) era diferente del artículo 17, que establecía determinadas obligaciones que la buena fe imponía hasta la entrada en vigor del tratado a los Estados que habían participado en la preparación de su texto. En el caso previsto en el artículo 24, en cambio, los participantes habían estipulado que se aplicaran determinadas disposiciones del tratado mientras se efectuaba el canje de ratificaciones<sup>211</sup>.

84. El artículo 17 fue aprobado posteriormente como artículo 15 (Obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor). La aplicación provisional de los tratados no se planteó durante el examen del artículo 15 en la Conferencia las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

### G. Terminación de la aplicación provisional

85. La cuestión de la terminación de la entrada en vigor provisional del tratado figuraba entre las propuestas anteriores de la Comisión. Sin embargo, el tema fue en gran medida excluido del artículo 22 del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados<sup>212</sup>, aunque fue

<sup>206</sup> *Ibid.*, párr. 88.

<sup>207</sup> Véase la nota 203 *supra*.

<sup>208</sup> *Ibid.*, pág. 99, párr. 69.

<sup>209</sup> *Ibid.*, vol. I, 645.ª sesión, pág. 104, párr. 17.

<sup>210</sup> *Ibid.*, párr. 18.

<sup>211</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 791.ª sesión, pág. 113, párr. 2.

<sup>212</sup> Hasta 1965, las distintas versiones del proyecto de artículos, entre ellas la aprobada en 1962, hacían referencia expresa a la terminación de la entrada provisional del tratado. En 1965, por sugerencia del Relator Especial, Sr. Waldock, que había llegado a la conclusión de que era un tanto incongruente que el artículo 24 fuera el único artículo de la parte I que abordaba la cuestión de la terminación, el Comité de Redacción decidió que el artículo 24 se refiriera, solo a la entrada en vigor provisional (véase *ibid.*, 814.ª sesión, pág. 285, párr. 44). Véase también *ibid.*, 791.ª sesión, pág. 117, párr. 57 y la opinión del Sr. Ago (*ibid.*, 814.ª sesión, pág. 286, párr. 49). Esta posición fue reiterada en el párrafo 4 del comentario del artículo 22 de los artículos sobre el derecho de los tratados, de 1966 (véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 210).

<sup>198</sup> *Ibid.*, párr. 50. Véase también la opinión de Nepal (*Ibid.*, párr. 56) y la República Socialista Soviética de Ucrania (*ibid.*, párr. 61).

<sup>199</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>200</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>201</sup> *Ibid.*, *períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), pág. 290, A/CONF.39/L.24.

<sup>202</sup> Véase *ibid.*, *segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 28.ª sesión plenaria, párr. 47. Véase también la declaración de Polonia (*ibid.*, 29.ª sesión, párrs. 2 y 3).

<sup>203</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 53.

<sup>204</sup> *Ibid.*, vol. I, 643.ª sesión, pág. 95, párr. 86.

<sup>205</sup> *Ibid.*, 644.ª sesión, pág. 101, párr. 87.

añadido más tarde en lo que pasó a ser el artículo 25, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, por solicitud de los gobiernos.

86. Cabe recordar que en el párrafo 2 del artículo 25 se señala una sola forma de poner fin a la aplicación provisional, es decir, mediante la notificación del Estado que desea terminarla. Es posible que el propio tratado establezca expresamente otros procesos o razones o que se los establezca en otros acuerdos que celebren los Estados negociadores por separado. La historia de la negociación de esta disposición muestra que se consideraron otras posibilidades en lo que respecta a la terminación de la aplicación provisional.

#### 1. TERMINACIÓN EN EL MOMENTO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE UN TRATADO QUE SE APLICA PROVISIONALMENTE

87. El artículo 20, párr. 6, propuesto por el Sr. Waldock en su primer informe, establecía que un tratado podía entrar en vigor provisionalmente en espera de su entrada en vigor definitiva<sup>213</sup>. Asimismo, el artículo 21, párr. 2, apdo. *a*, preveía la entrada en vigor provisional de un tratado hasta que el tratado entrara en vigor definitivamente con arreglo a sus estipulaciones<sup>214</sup>. Esa afirmación se consideró una cuestión lógica, que resultaba del carácter provisional de la entrada en vigor<sup>215</sup>.

88. La propuesta del Relator Especial quedó plasmada en el texto del artículo 22 (que pasó a ser el 24), aprobado en 1962, que, en la segunda oración disponía, entre otras cosas, que el tratado seguiría provisionalmente en vigor «hasta que entrare en vigor definitivamente»<sup>216</sup>. En el comentario del artículo 24 se disponía que la aplicación «provisional» del tratado terminaría cuando se lo ratificara o aprobara debidamente de conformidad con sus disposiciones<sup>217</sup>.

89. Esta solución se mantuvo en todas las versiones subsiguientes de esa disposición aprobadas por la Comisión. Incluso sobrevivió a la decisión, adoptada en 1965, de eliminar la cláusula sobre la terminación de la entrada en vigor provisional de un tratado<sup>218</sup>. El artículo 24 que fue finalmente aprobado por la Comisión conservó la idea en el párrafo 1, apdo. *a*, de que el tratado entrara en vigor provisionalmente hasta la ratificación, la adhesión, la aceptación o la aprobación por los Estados contratantes<sup>219</sup>.

90. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Hungría y Polonia formularon la propuesta, entre otras cosas, de establecer más directamente que la aplicación provisional se terminara cuando el tratado entrara en vigor, en un nuevo párrafo sobre terminación (junto con otras causales de terminación)<sup>220</sup>. El

texto elaborado más tarde por el Comité de Redacción (y que fue aprobado después como artículo 25 de la Convención), sin embargo, mantuvo el enfoque de la Comisión de hacer referencia en el párrafo 1 a la terminación de la aplicación provisional en el momento de la entrada en vigor del tratado, y no en el párrafo 2, relativo a la terminación de la aplicación provisional. Durante las deliberaciones sobre el artículo 22, celebradas en el plenario de la Conferencia en 1969, el Consultor Técnico, Sr. Waldock, observó que del concepto de aplicación provisional se desprendía que dicha aplicación era provisional hasta tanto el tratado entrara en vigor definitivamente<sup>221</sup>.

#### 2. TERMINACIÓN UNILATERAL Y TERMINACIÓN POR ACUERDO DE LAS PARTES

91. La propuesta del Sr. Waldock para el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 21, presentado en 1962, contemplaba la posibilidad de que se pusiera fin unilateralmente al tratado dando aviso («cualquiera de las partes podrá dar aviso de su propósito de poner fin a la aplicación provisional del tratado»), y sus efectos jurídicos dependían de que transcurriera un período de seis meses (desde el aviso)<sup>222</sup>. Al concluir dicho período, los derechos y obligaciones establecidos en el tratado dejarían de ser aplicables con respecto a esa parte<sup>223</sup>. En su comentario al artículo, el Sr. Waldock señaló que poner fin al tratado de esa manera equivalía a una especie de retiro, y señaló que parecía conveniente procurar definir más esa disposición, y tal vez regular el acto de retiro de la aplicación provisional del tratado<sup>224</sup>. También insinuó la posibilidad de que esa forma de terminar la entrada provisional del tratado no afectara la posición de otros Estados con respecto a los cuales el tratado había entrado en vigor provisionalmente, al señalar que en el proyecto se sugería también que el retiro solo afectaría a la parte de que se tratara<sup>225</sup>. Sin embargo, el texto aprobado por la Comisión en 1962<sup>226</sup> no hacía referencia a la necesidad de un aviso. En vez de ello, el elemento de la iniciativa, de uno o todos los Estados, se restringía exclusivamente al acuerdo mutuo.

92. La posibilidad de poner fin al tratado mediante un aviso como se prevé en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 21 estaba sujeto a la siguiente salvedad «a menos que las partes hayan concluido un nuevo acuerdo para que el tratado siga estando en vigor con carácter provisional»<sup>227</sup>. Aunque el apartado *b* no fue remitido al Comité de Redacción (por otras razones), la idea de poner fin a la entrada en vigor provisional mediante un acuerdo entre las partes subsistió en el texto del artículo 22 (que pasó a ser el 24) aprobado por la Comisión en 1962<sup>228</sup>. En esa versión, el acuerdo de las partes se presentó como una de dos formas posibles de terminación (siendo la otra la terminación automática en el momento de entrada en

<sup>213</sup> Véase *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 80.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, pág. 81.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, pág. 82, párr. 4 del comentario del artículo 21.

<sup>216</sup> *Ibíd.*, pág. 210.

<sup>217</sup> *Ibíd.*, pág. 211, párr. 2 del comentario del artículo 24.

<sup>218</sup> Véase la nota 212 *supra*.

<sup>219</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 173.

<sup>220</sup> A/CONF.39/C.1/L.198, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), párr. 224.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, *segundo período de sesiones...* (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 63.

<sup>222</sup> *Anuario... 1962*, págs. 81 y 82, art. 21, párr. 2, apdo. *b*.

<sup>223</sup> *Ibíd.*

<sup>224</sup> *Ibíd.*, pág. 82, párr. 4 del comentario del artículo 21.

<sup>225</sup> *Ibíd.* Sin embargo, agregó que la cuestión podría ser objeto de un examen más a fondo.

<sup>226</sup> *Ibíd.*, pág. 210.

<sup>227</sup> *Ibíd.*, págs. 81 y 82, art. 21, párr. 2, apdo. *b*.

<sup>228</sup> *Ibíd.*, pág. 210.



vigor del tratado): «el tratado [...] seguirá provisionalmente en vigor [...] hasta que los Estados interesados acordaren poner término a su aplicación provisional»<sup>229</sup>.

93. Esta posición fue criticada por los Países Bajos en un comentario presentado por escrito en que sostuvieron que un gobierno debía estar facultado también para poner fin a la entrada en vigor provisional unilateralmente cuando hubiera decidido no ratificar un tratado por haber sido rechazado por el Parlamento o por otras razones similares<sup>230</sup>.

94. En 1965, el Sr. Ruda señaló que en su opinión, desde el punto de vista de la doctrina jurídica, mientras no se hubiera dado el consentimiento definitivo, cada parte debía gozar de libertad para retirarse del tratado y, por consiguiente, poner fin a su aplicación provisional<sup>231</sup>. El Sr. Lachs fue más allá y sugirió que el derecho de iniciativa existía en los casos en que la ratificación del tratado se hubiera demorado<sup>232</sup>. El Sr. Tsuruoka apoyó la posición de que la terminación de la entrada en vigor provisional del tratado había de presumirse cuando una de las partes hubiera notificado su intención de no ratificarlo<sup>233</sup>. Sin embargo, la cuestión fue dejada de lado, al decidir la Comisión no seguir incluyendo una disposición que contemplara específicamente la terminación de la entrada en vigor provisional<sup>234</sup>.

95. Bélgica, en sus comentarios presentados por escrito en 1967, hizo referencia nuevamente al texto aprobado por la Comisión en 1962, y se opuso a que se vinculara la terminación de la entrada en vigor provisional a la existencia de un acuerdo mutuo y sostuvo que ello significaría que resultaría imposible a un Estado liberarse de la obligación de aplicar provisionalmente un tratado sin el acuerdo de los demás Estados contratantes, por lo que convendría prever de qué manera podría terminarse unilateralmente la aplicación provisional de un tratado que todavía no se hubiera ratificado<sup>235</sup>. Durante las deliberaciones sobre el derecho de los tratados celebradas en la Sexta Comisión, en 1967, Suecia estuvo de acuerdo con el comentario de Bélgica y señaló que quizás sería necesario permitir que los Estados terminaran unilateralmente esos tratados sin notificación previa<sup>236</sup>.

96. En el primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en 1968, se hicieron dos propuestas para incluir un nuevo párrafo en que se volvería a introducir el tema de la terminación de la aplicación provisional. Según la propuesta presentada por Bélgica, un Estado que deseara poner fin a la entrada en vigor provisional de un tratado podría

hacerlo manifestando su intención de no hacerse parte en el tratado, siempre y cuando no se hubiera establecido o acordado otra cosa<sup>237</sup>. Hungría y Polonia presentaron una propuesta conjunta para la redacción de un nuevo párrafo en que se reconocía que uno de esos Estados podía notificar de la intención de no ser parte en el tratado en relación con ese Estado, entre los posibles fundamentos para poner fin a la aplicación provisional<sup>238</sup>.

97. Durante las deliberaciones, los Estados Unidos apoyaron la idea de permitir que se pusiera fin a la aplicación provisional, sea por mutuo acuerdo o por notificación unilateral, y formularon su propia propuesta<sup>239</sup>. Bélgica, en referencia a la modificación que proponía, explicó que no cabía aplicar las disposiciones del proyecto relativo a la denuncia de un tratado, ya que un Estado no podía denunciar un tratado en el que todavía no era parte<sup>240</sup>. Italia<sup>241</sup>, Francia<sup>242</sup>, Suiza<sup>243</sup>, el Reino Unido<sup>244</sup> y Australia<sup>245</sup> aprobaron la modificación propuesta por Bélgica.

98. La Comisión Plenaria decidió volver a incluir un párrafo sobre la terminación basándose en las modificaciones propuestas por Bélgica y la propuesta de Polonia y Hungría. El texto del artículo 22 que sugirió posteriormente el Comité de Redacción contenía un nuevo párrafo 2 en que se establecía como forma principal de terminación de la aplicación provisional la notificación unilateral, sujeta a la condición general de que hubiera un acuerdo mutuo, en el propio tratado o en un acuerdo posterior<sup>246</sup>.

99. El nuevo párrafo sobre la terminación de la aplicación provisional fue examinado en detalle durante el debate del artículo 22, celebrado en el plenario de la Conferencia, en 1969. El Irán sostuvo que ese párrafo permitía que se retirara un Estado que ya hubiera firmado un tratado, lo que parecería socavar el principio *pacta sunt servanda*<sup>247</sup>. En respuesta a un comentario formulado por el Presidente de la Conferencia, que señalaba las dificultades para la interpretación que presentaba la frase «a menos que el tratado disponga [...] otra cosa»<sup>248</sup>, el Presidente del Comité de Redacción recordó la decisión de la Comisión Plenaria de incluir un párrafo sobre la terminación, y aclaró que un Estado que hubiera aceptado la aplicación provisional de un tratado podría decidir posteriormente que no deseaba ser parte; la aplicación provisional terminaría con la notificación de dicha intención a los demás Estados interesados<sup>249</sup>.

<sup>237</sup> A/CONF.39/C.1/L.194, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 53 *supra*), párr. 224.

<sup>238</sup> A/CONF.39/C.1/L.198, *ibíd.*

<sup>239</sup> *Ibíd.*, primer período de sesiones... (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 24.

<sup>240</sup> *Ibíd.*, párr. 42.

<sup>241</sup> *Ibíd.*, párr. 43.

<sup>242</sup> *Ibíd.*, párr. 45.

<sup>243</sup> *Ibíd.*, párr. 47.

<sup>244</sup> *Ibíd.*, párr. 49.

<sup>245</sup> *Ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 10.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, períodos de sesiones primero y segundo... (nota 53 *supra*), párr. 230.

<sup>247</sup> *Ibíd.*, segundo período de sesiones... (nota 60 *supra*), 11.ª sesión plenaria, párr. 62.

<sup>248</sup> *Ibíd.*, párr. 65.

<sup>249</sup> *Ibíd.*, párr. 66.

<sup>229</sup> *Ibíd.*

<sup>230</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 359.

<sup>231</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 11, párr. 87.

<sup>232</sup> *Ibíd.*, pág. 113, párr. 103.

<sup>233</sup> *Ibíd.*, 791.ª sesión, pág. 114, párr. 12. Los Sres. Tunkin (*ibíd.*, pág. 115, párr. 30), Rosenne (*ibíd.*, pág. 116, párr. 32), Jiménez de Aréchaga (*ibíd.*, pág. 117, párr. 51) y Ago (*ibíd.*, 814.ª sesión, pág. 286, párr. 49) manifestaron su apoyo por que se exigiera la notificación.

<sup>234</sup> Véase la nota 212 *supra*.

<sup>235</sup> Véase la nota 50 *supra*.

<sup>236</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 980.ª sesión, párr. 13.

100. Varias delegaciones, entre ellas la del Irán<sup>250</sup>, siguieron sin estar convencidas. Grecia señaló que el párrafo 2 generaba inseguridad porque en los sistemas parlamentarios era posible que un gobierno cambiara de opinión y expresara una intención diferente en una etapa posterior<sup>251</sup>. Italia preguntó sobre los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional (si eran *ex tunc* o *ex nunc*)<sup>252</sup>. Polonia formuló la propuesta tardía, que no fue aprobada, de establecer un período de seis meses antes de que la terminación de la aplicación provisional surtiera efecto<sup>253</sup>. La Conferencia aprobó posteriormente el artículo 22 (que más tarde pasó a ser el 25), con el párrafo 2, sin hacer más reformas.

### 3. TERMINACIÓN COMO CONSECUENCIA DE UNA DEMORA INJUSTIFICADA O DE MENORES PROBABILIDADES DE RATIFICACIÓN

101. La propuesta del Sr. Fitzmaurice de artículo 42, párr. 1, formulada en 1956, establecía que la «obligación [...] de ejecutar el tratado [...] se extinguirá si la entrada en vigor definitiva se prolonga en exceso o deja manifiestamente de ser probable»<sup>254</sup>. En varias ocasiones posteriores se hizo referencia a las demoras excesivas, que generaban la percepción de que la ratificación sería menos probable, como fundamento para la terminación de la entrada en vigor provisional. Por ejemplo, el Sr. Scelle, durante los debates de 1959, en relación con otra disposición, observó que ya había pasado la época en que los Estados podían desautorizar la firma de sus plenipotenciarios, pues estos ya no eran simples mandatarios, sino que tenían ahora poderes especiales que en cierta medida obligaban a los Estados, y las autoridades competentes para ratificar el instrumento ya no podían proceder libremente en forma arbitraria. Si actuaban por simple capricho o con mala intención y ello demoraba la entrada en vigor del instrumento ese hecho acarrearía una cierta responsabilidad del Estado. Esta observación se aplicaba en cierto grado al caso especial de los tratados que entraban en vigor provisionalmente<sup>255</sup>.

102. El Sr. Waldock, en su propuesta al artículo 21, párr. 2, apdo. *b*, presentado en 1962, citó la circunstancia en que la entrada en vigor definitiva del tratado se demorara excesivamente como fundamento para que cualquiera de las partes avisara de la terminación<sup>256</sup>. Asimismo, explicó que había formulado la propuesta *de lege ferenda*, porque parecía evidente que si se diferían indebidamente las ratificaciones, aceptaciones, etc., necesarias, prolongándose excesivamente el período de aplicación provisional, tenía que haber un momento en que los Estados pudieran decidir que se ponía fin a esa aplicación provisional del tratado<sup>257</sup>.

<sup>250</sup> *Ibid.*, párr. 71.

<sup>251</sup> *Ibid.*, párr. 75.

<sup>252</sup> *Ibid.*, párr. 84.

<sup>253</sup> *Ibid.*, párr. 88.

<sup>254</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 116. En su comentario sobre la disposición, el Relator Especial simplemente observó que el párrafo «expresa la regla aplicable en el caso de que esa situación [la entrada en vigor provisional] se prolongue indebidamente» (*ibid.*, pág. 128, párr. 106).

<sup>255</sup> *Anuario... 1959*, vol. I, 488.ª sesión, pág. 39, párr. 2.

<sup>256</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 81 y 82, art. 21, párr. 2, apdo. *b*.

<sup>257</sup> *Ibid.*, pág. 82, párr. 4 del comentario del artículo 21.

103. Esa conexión con la demora excesiva, sin embargo, no recibió en general una acogida favorable en la Comisión. El Sr. Castrén observó que la expresión distaba de ser clara<sup>258</sup>. El Sr. Jiménez de Aréchaga abrigaba dudas sobre la conveniencia de incluir *de lege ferenda* la disposición propuesta en el apartado *b* del párrafo 2, dado que podían alterarse ciertas relaciones convencionales ya establecidas y que esa disposición parecía más pertinente en relación con la extinción de los tratados que con los efectos jurídicos de su entrada en vigor<sup>259</sup>. El Sr. Tunkin también expresó sus dudas, y señaló que cabría interpretar esa disposición en el sentido de que permitía, a pesar de las disposiciones del tratado mismo, que un Estado pusiera fin a su aplicación provisional basándose en que, a juicio del propio Estado, se habría diferido excesivamente la entrada en vigor definitiva del tratado<sup>260</sup>. El Relator Especial, Sr. Waldock, señaló subsiguientemente que no tenía inconveniente alguno en suprimir el apartado *b* y que ocurría a veces que un tratado seguía en vigor provisionalmente hasta su extinción y se utilizaba como recurso la entrada en vigor provisional únicamente porque no se confiaba en obtener la aprobación parlamentaria para ratificarlo en el debido tiempo. En esos casos, el tratado no entraría nunca en vigor definitivamente porque la finalidad del tratado se lograba sin que la entrada en vigor perdiera su carácter «provisional»<sup>261</sup>.

104. Tras la supresión del apartado *b* el vínculo entre la terminación de la entrada en vigor provisional y la demora excesiva no quedó reflejado en ninguna de las versiones subsiguientes de la disposición, incluido el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

105. Sin embargo, el elemento de la demora, y la consiguiente menor probabilidad de que el tratado fuera ratificado, fue conservado en el comentario del artículo 24, aprobado en 1962, que entre otras cosas decía lo siguiente: «[e]s evidente que la aplicación “provisional” del tratado terminará [...] cuando no quepa duda de que no será ratificado o aprobado por una de las partes. Sin embargo, puede suceder que se retrase la ratificación»<sup>262</sup>.

106. En 1965 hubo un intento por volver a debatir el elemento de la menor probabilidad de la ratificación. Suecia, en un comentario presentado por escrito, recordó el pasaje en el comentario del artículo 24, y señaló que se acercaba a la posición jurídica que subyacía a la práctica existente<sup>263</sup>. El Relator Especial estuvo de acuerdo con lo expresado por Suecia en su comentario, y en su cuarto informe, presentado en 1965, propuso que se estableciera que el tratado siguiera en vigor provisionalmente, entre otras cosas, «hasta que se haga evidente que una de las partes no lo va a ratificar, o en su caso, a aprobar»<sup>264</sup>.

107. Ese año, el Sr. Jiménez de Aréchaga, si bien estaba de acuerdo con la nueva propuesta del Relator Especial, observó que dicha formulación era más adecuada para un

<sup>258</sup> *Ibid.*, vol. I, 657.ª sesión, pág. 193, párr. 11.

<sup>259</sup> *Ibid.*, párr. 14.

<sup>260</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>261</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>262</sup> *Ibid.*, vol. II, pág. 211, párr. 2 del comentario al artículo 24.

<sup>263</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 387.

<sup>264</sup> Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 61, párr. 3 de las observaciones y propuestas del Relator Especial.

tratado bilateral y que en el supuesto de un tratado multilateral, este no se extinguiría necesariamente para las demás partes interesadas<sup>265</sup>. El Sr. Castrén observó que el nuevo lenguaje acercaba la disposición al establecimiento de la terminación unilateral, que pensaba había ido demasiado lejos<sup>266</sup>. El Sr. Lachs señaló que a veces nunca llegaba a aclararse si un Estado ratificaría o no un tratado y que había muchos casos de tratados que habían figurado durante años en el programa de los órganos legislativos facultados para ratificarlos sin que se hubiera hecho nada al respecto<sup>267</sup>. Asimismo, sugirió que quizá pudiera resolverse la cuestión estipulando que el Estado debía aclarar su posición dentro de un plazo razonable<sup>268</sup>. El Sr. Tunkin, expresando algunas dudas acerca de la nueva redacción propuesta por el Relator Especial, señaló que la cuestión no podía quedarse en meras conjeturas<sup>269</sup>. La cuestión fue dejada de lado al decidir la Comisión no incluir una referencia específica a la terminación de la entrada en vigor provisional del tratado<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> *Ibíd.*, vol. I, 790.ª sesión, pág. 111, párr. 77.

<sup>266</sup> *Ibíd.*, párr. 80.

<sup>267</sup> *Ibíd.*, pág. 113, párr. 102. Véase también la opinión del Sr. Ago (*ibíd.*, 791.ª sesión, pág. 114, párr. 8).

<sup>268</sup> *Ibíd.*, 790.ª sesión, pág. 113, párr. 102.

<sup>269</sup> *Ibíd.*, 791.ª sesión, pág. 115, párr. 30.

<sup>270</sup> Véase la nota 212 *supra*.

108. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en 1968, Ceilán observó que también era preciso tratar de limitar la duración del período de aplicación provisional y que pasada una fecha determinada, dicha aplicación provisional cesaría hasta el momento de la ratificación<sup>271</sup>. En 1969, Austria propuso que se incluyera un nuevo párrafo en que se estableciera que la aplicación provisional de un tratado no eximía a un Estado de su obligación de adoptar una decisión dentro de un plazo razonable en lo que respectaba a su aceptación definitiva del tratado<sup>272</sup>. La India, por su parte, observó que probablemente sería deseable que se fijara algún plazo para que los Estados manifestaran su intención al respecto, de modo que no se perpetuara la aplicación provisional de un tratado<sup>273</sup>. Sin embargo, esas propuestas no fueron aceptadas, y la Conferencia aprobó posteriormente el artículo sin hacer referencia a los efectos de la demora<sup>274</sup>.

<sup>271</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 52 *supra*), 26.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 32.

<sup>272</sup> *Ibíd.*, 11.ª sesión plenaria, párr. 61.

<sup>273</sup> *Ibíd.*, párr. 70.

<sup>274</sup> Tras la aprobación del artículo, el Comité de Redacción decidió no aceptar ninguna de las sugerencias formuladas durante el debate (*ibíd.*, 28.ª sesión plenaria, párrs. 45 a 47).

# FORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/663

## Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial\*

[Original: inglés]  
[17 de mayo de 2013]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	117
Obras citadas en el presente informe.....	118
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-12 126
A. Preámbulo.....	1-7 126
B. Labor anterior de la Comisión.....	8-12 127
<i>Capítulo</i>	
I. ALCANCE Y RESULTADOS.....	13-27 129
A. Alcance y resultados del tema.....	13-23 129
B. Inclusión o no del <i>jus cogens</i> .....	24-27 131
II. EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	28-45 132
A. El derecho internacional consuetudinario y su relación con otras fuentes mencionadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	28-38 132
B. Terminología.....	39-45 135
III. MATERIAL DE CONSULTA.....	46-101 136
A. Enfoque de los Estados y otras entidades intergubernamentales.....	48-53 136
B. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.....	54-65 137
C. Jurisprudencia de otros tribunales y cortes internacionales.....	66-85 140
D. Labor de otros organismos.....	86-93 148
E. Doctrina.....	94-101 149
IV. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO.....	102 156

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención (XII) relativa al Establecimiento de una Corte Internacional de Presas (La Haya, 18 de octubre de 1907)	James Brown Scott (comp.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , pág. 188, Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Acta General (Arreglo Pacífico de Desacuerdos Internacionales) (Ginebra, 26 de septiembre de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIII, n.º 2123, pág. 343.

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

## Fuente

Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 119, n.º 1609, pág. 3.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Acta General para el Arreglo Pacífico de Desacuerdos Internacionales Revisada (Lake Success, Nueva York, 28 de abril de 1949)	Ibíd., vol. 71, n.º 912, pág. 101.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, n.ºs 17512 y 17513, págs. 214 y 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., Ginebra, CICR, 1996, pág. 3.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, n.º 25699, pág. 181.
Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, n.º 22495, pág. 137.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 3.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana (Maputo, 11 de julio de 2003)	Malcolm D. Evans, <i>Blackstone's Statutes. International Law Documents</i> , 7.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pág. 556.
Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2688, n.º 47713, pág. 39.

## Obras citadas en el presente informe

ALDRICH, George H. «Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross», <i>BYBIL</i> , vol. 76 (2005), págs. 503 a 524.	ARAJÄRVI, Noora Johanna «From State-Centricism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors», 2010, disponible en Social Science Research Network, <a href="http://ssrn.com/abstract=1599679">http://ssrn.com/abstract=1599679</a> , págs. 1 a 28.
ALLAND, Denis (ed.) <i>Droit international public</i> , París, Presses Universitaires de France, 2000.	BAKER, Roozbeh (Rudy) B. «Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates», <i>European Journal of International Law</i> , vol. 21, n.º 1 (2010), págs. 173 a 204. «Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element», disponible en Social Science Research Network, 2012, págs. 1 a 31.
ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto «Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009», <i>International and Comparative Law Quarterly</i> , vol. 60, parte 3 (julio de 2011), págs. 681 a 712.	BANTEKAS, Ilias «Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law», <i>International Criminal Law Review</i> , vol. 6 (2006), págs. 121 a 136.
AKANDE, Dapo «Sources of International Criminal Law», en Antonio Cassese (ed.), <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , Nueva York, Oxford University Press, 2009, págs. 41 a 53.	BAXTER, R. R. «Treaties and Custom», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1970-I, t. 129, Leiden, Sijthoff, 1971, págs. 25 a 105.
AKEHURST, Michael «Custom as a Source of International Law», <i>BYBIL</i> , vol. 47 n.º 1 (1974-1975), págs. 1 a 53. «The Hierarchy of the Sources of International Law», <i>BYBIL</i> , vol. 47, n.º 1 (1974-1975), págs. 273 a 285.	BECKETT, Jason A. <i>The end of customary international law?: A purposive analysis of structural indeterminacy</i> , Universidad de Glasgow, 2008 (tesis doctoral).
ANDERSON, M. R. y otros (eds.) <i>The International Law Commission and the Future of International Law</i> , Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1998.	

- BEDERMAN, David J.  
*The Spirit of International Law*, Athens, University of Georgia Press, 2006.  
*Custom as a Source of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.  
 «Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21, n.º 1 (cuarto trimestre de 2010), págs. 31 a 45.
- BELLINGER III, John B. y William J. HAYNES II  
 «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 89, n.º 866 (junio de 2007), págs. 443 a 471.
- BENSON, Peter E.  
 «François Géný's Doctrine of Customary Law», *Annuaire canadien de Droit international*, t. XX (1982), págs. 267 a 281.
- BENVENISTI, Eyal  
 «Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency», en Eyal Benvenisti y Moshe Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation. Theoretical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 85 a 116.
- BERNHARDT, Rudolf  
 «Custom and treaty in the law of the sea», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1987-V, t. 205, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 249 a 330.
- BETHLEHEM, Daniel  
 «The Secret Life of International Law», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n.º 1 (2012), págs. 23 a 36.
- BIANCHI, Andrea  
 «Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3 (2008), págs. 491 a 508.
- BISHOP, William W.  
 «Cours général de droit international public», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1965-II, t. 115, Leiden, Sijthoff, 1965, págs. 151 a 467.
- BLACKSTONE, William  
*Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1756.
- BOAS, Gideon  
*Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, Glos, Edward Elgar Publishing, 2012.
- BODANSKY, Daniel  
*The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.  
 «Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms», en Mahnoush H. Arsanjani y otros (eds.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, págs. 119 a 134.
- BOTHE, Michael  
 «Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8 (2005), págs. 143 a 178.
- BOYLE, Alan y Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A. y Mitu GULATI  
 «Withdrawing from International Custom», *Yale Law Journal*, vol. 120, n.º 2 (noviembre de 2010), págs. 202 a 275.
- BROWNLIE, Ian  
 «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», en Antonio Cassese y Joseph H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, págs. 66 a 72.
- BUZZINI, Gionata Piero  
 «La "généralité" du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept», *RGDIP*, t. CVIII (2004), págs. 381 a 406. Resumen en español, pág. 406.  
*Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, Ginebra, Universidad de Ginebra e Instituto Universitario de Estudios Internacionales Superiores, 2007 (tesis).
- BYERS, Michael  
*Custom, Power, and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CAHIN, Gérard  
*La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan  
 «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n.º 3 (2008), págs. 659 a 679.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto  
*International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- CARREAU, Dominique y Fabrizio MARRELLA  
*Droit international*, 11.ª ed., París, Pedone, 2012.
- CASSESE, Antonio  
 «General Round-Up», en Antonio Cassese y Joseph H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, págs. 165 a 183.  
*International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.  
 «For an Enhanced Role of *Jus Cogens*», en Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 158 a 171.
- CASSESE, Antonio y Joseph H. H. WEILER (eds.)  
*Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988.
- CHARLESWORTH, Hilary  
 «The Unbearable Lightness of Customary International Law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington, D.C.*, págs. 44 a 47.  
 «Law-making and sources», en James Crawford y Martti Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, págs. 187 a 202.
- CHARNEY, Jonathan I.  
 «Universal International Law», *AJIL*, vol. 87, n.º 4 (octubre de 1993), págs. 529 a 551.
- CHEN, Lung-Chu  
*An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective*, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin  
 «United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, n.º 1 (enero de 1965), págs. 23 a 48.

- «Epilogue», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 203 a 233.
- «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World», en R. St. J. Macdonald y Douglas M. Johnson (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, págs. 513 a 554.
- CHIGARA, Ben  
 «The International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 22, n.º 4 (agosto de 2000), págs. 433 a 452.  
*Legitimacy Deficit in Custom. A Deconstructionist Critique*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001.
- CHODOSH, Hiram E.  
 «Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law», *Texas International Law Journal*, vol. 26, n.º 1 (primer trimestre de 1991), págs. 87 a 124.
- CLAPHAM, Andrew  
*Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- COHEN, Harlan Grant  
 «From Fragmentation to Constitutionalization», Symposium: The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, n.º 1 (2012), págs. 381 a 394.
- COMBACAU, Jean y Serge SUR  
*Droit international public*, 10.ª ed., París, Montchrestien, 2012.
- CONDORELLI, Luigi  
 «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», en Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 147 a 157.
- CONFORTI, Benedetto y Angelo LABELLA  
*An Introduction to International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- 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, n.º 2 (2006), págs. 239 a 263.
- CRYER, Robert y otros  
*An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU y Alain PELLET  
*Droit international public. Nguyen Quoc Dinh*, 8.ª ed., L.G.D.J., 2009.
- D'AMATO, Anthony  
*The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (Nueva York), Cornell University Press, 1971.  
 «Trashing Customary International Law», *AJIL*, vol. 81, n.º 1 (enero de 1987), págs. 101 a 105.  
 «It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus Cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n.º 1 (cuarto trimestre de 1990), págs. 1 a 6.  
 «Customary International Law: A Reformulation», *International Legal Theory*, vol. IV (1) (1998), págs. 1 a 6.
- DANILENKO, Gennady M.  
 «The Theory of International Customary Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), págs. 9 a 47.  
*Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- D'ASPREMONT, Jean  
*Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.  
 «Théorie des sources», en Raphaël van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?*, Bruselas, Bruylant, 2013, págs. 73 a 101.
- DE HOOGH, Andreas Johannes Joseph  
*Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haya, Kluwer, 1996.
- DE LUPIS, Ingrid Detter  
*The Concept of International Law*, Estocolmo, Norstedts, 1987.
- DE VISSCHER, Charles  
 «Reflections on the Present Prospects of International Adjudication», *AJIL*, vol. 50, n.º 3 (julio de 1956), págs. 467 a 474.  
*Theory and Reality in Public International Law*, ed. rev., Princeton, Princeton University Press, 1968.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel  
*Instituciones de derecho internacional público*, 18.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram  
 «The ICRC Customary International Humanitarian Law Study», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 36 (2006), págs. 1 a 15.
- DODGE, William S.  
 «Customary International Law and the Question of Legitimacy», *Harvard Law Review Forum*, vol. 120 (2007), págs. 19 a 27.
- DOMB, Fania  
 «*Jus Cogens* and Human Rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6 (1976), págs. 104 a 121.
- DÖRR, Oliver y Kirsten SCHMALENBACH (eds.)  
*Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.
- DUGARD, John  
*International Law. A South African Perspective*, 4.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2011.
- DUNBAR, N. C. H.  
 «The Myth of Customary International Law», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1983), págs. 1 a 19.
- DUPUY, Pierre-Marie  
 «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales», en *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international*, Nueva York, Naciones Unidas, 1999 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F/S.99.V.13), págs. 377 a 394.
- DUPUY, Pierre-Marie y Yann KERBRAT  
*Droit international public*, 10.ª ed., París, Dalloz, 2010.
- ESTREICHER, Samuel  
 «Rethinking the Binding Effect of Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n.º 1 (cuarto trimestre de 2003), págs. 5 a 17.
- FENWICK, Charles G.  
 «The Sources of International Law», *Michigan Law Review*, vol. XVI, n.º 6 (abril de 1918), págs. 393 a 401.

FERRER LLORET, Jaume

«La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24 (2012), págs. 1 a 36.

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*, vol. 30 (1953), págs. 1 a 70.

FLECK, Dieter

«Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?», *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 3/2009, págs. 120 a 124.

FON, Vincy y Francesco PARISI

«International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis», *Brigham Young University International Law and Management Review*, vol. 2 (segundo trimestre de 2006), págs. 201 a y 232.

FORTEAU, Mathias

«The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment», en Rüdiger Wolfrum e Ina Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, págs. 417 a 441.

FRIEDMANN, Wolfgang

*The Changing Structure of International Law*, Londres, Steven & Sons, 1964.

FROWEIN, Jochen A.

«*Ius Cogens*», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 443 a 446.

GAJA, Giorgio

«General Principles of Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 370 a 378.

GAMBLE, JR., John King

«The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16, n.º 3 (tercer trimestre de 1981), págs. 305 a 319.

GEIGER, Rudolf H.

«Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal», en Ulrich Fastenrath y otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 673 a 694.

GOLDSMITH, Jack L. y Eric A. POSNER

«Notes toward a Theory of Customary International Law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington, D.C.*, págs. 53 a 56.

«Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), págs. 639 a 672.

GUGGENHEIM, Paul

«Les deux éléments de la coutume en droit international», en Charles Rousseau, *La Technique et les Principes du Droit Public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, París, LGDJ, 1950, págs. 275 a 284.

GUNNING, Isabelle R.

«Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, n.º 2 (primer trimestre de 1991), págs. 211 a 247.

GUZMAN, Andrew T.

«Saving Customary International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n.º 1 (2005), págs. 115 a 176.

*How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

GUZMAN, Andrew T. y Timothy L. MEYER

«Customary International Law in the 21st Century», en Russell A. Miller y Rebecca M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, págs. 197 a 217.

HAGEMANN, Max

«Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes», *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. X (1953), págs. 61 a 88.

HAGGENMACHER, Peter

«La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, t. 90 (1986), págs. 5 a 125.

HAZARD, John

«Treaties», en Antonio Cassese y Joseph H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, págs. 4 a 8.

HEERE, Wybo P. (ed.)

*Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, American Society of International Law y Nederlandse Vereniging Voor Internationaal Recht, La Haya, T.M.C. Asser Institute, 1995.

HENCKAERTS, Jean-Marie

«Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respecto del derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 87, n.º 857 (marzo de 2005), págs. 3 a 29.

«Customary International Humanitarian Law – A Rejoinder to Judge Aldrich», *BYBIL*, vol. 76 (2005), págs. 525 a 532.

«The ICRC Customary International Humanitarian Law Study – A Rejoinder to Professor Dinstein», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), págs. 259 a 270.

«El derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos», *Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos 2007*, n.º 865 (marzo de 2007), págs. 463 a 479.

HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK

*El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, CICR, 2007.

HENKIN, Louis

*How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, 2.ª ed., Nueva York, Columbia University Press, 1979.

*International Law: Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

HOHMANN, Harald

*Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law. The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, Londres, Graham & Trotman, 1994.

HUDSON, Manley O.

*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942. A Treatise*, Nueva York, Macmillan, 1943.

HUNTER, David, James SALZMAN y Durwood ZAELEKE

*International Environmental Law and Policy*, 2.ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2002.



- IWASAWA, Yuji  
*International Law, Human Rights, and Japanese Law. The impact of International Law on Japanese Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- JANIS, Mark Weston  
 «The Nature of *Jus Cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n.º 2 (segundo trimestre de 1988), págs. 359 a 363.  
 «International Law?», *Harvard International Law Journal*, vol. 32, n.º 2 (segundo trimestre de 1991), págs. 363 a 372.  
*America and the Law of Nations 1776-1939*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- JENNINGS, Robert Y.  
 «What is international law and how do we tell it when we see it?», *The Cambridge Tilburg Lectures*, 3.ª serie (1980), págs. 1 a 32.  
 «The Identification of International Law», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 3 a 9.  
 «Customary Law and General Principles of Law as Sources of Space Law», en Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space. State of the Law and Measures of Protection*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1990, págs. 149 a 152.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)  
*Oppenheim's International Law*, vol. I, *Peace*, partes 2-4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- JIA, Bing Bing  
 «The Relations between Treaties and Custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 99 (2010), págs. 81 a 109.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo  
 «Custom», en Antonio Cassese y Joseph H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, págs. 1 a 4.
- KACZOROWSKA, Alina  
*Public International Law*, 4.ª edición, Londres, Routledge, 2010.
- KADELBACH, Stefan  
 «*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms», en Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 21 a 40.
- KAIKOBAD, Kaiyan y otros  
 «United Kingdom materials on international law 2005», *BYBIL*, vol. 67 (2005), págs. 683 y ss.
- KAMMERHOFER, Jörg  
 «Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 3 (2004), págs. 523 a 553.  
*Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, Londres, 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.
- KAWASAKI, Kyoji  
 «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), págs. 27 a 43.
- KEARNEY, Richard D.  
 «Sources of Law and the International Court of Justice», en Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. II, Dobbs Ferry (Nueva York, Oceana Publications, 1976, págs. 610 a 723.
- KELLY, J. Patrick  
 «The Twilight of Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), págs. 449 a 543.
- KELSEN, Hans  
 «Teoría del derecho internacional consuetudinario», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, n.º 21 (septiembre-diciembre de 1974), págs. 231 a 274.
- KIRGIS, JR., Frederic L.  
 «Custom on a Sliding Scale», *AJIL*, vol. 81, n.º 1 (enero de 1987), págs. 146 a 151.
- KLABBERS, Jan  
 «The Curious Condition of Custom», *International Legal Theory*, vol. 8, n.º 1 (cuarto trimestre de 2002), págs. 29 a 39.
- KLEIN, Eckart (ed.)  
*Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht. Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam*, Potsdam, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.
- KOLB, Robert  
 «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, n.º 2 (agosto de 2003), págs. 119 a 150.
- KONTOROVICH, Eugene  
 «Inefficient Customs in International Law», *William and Mary Law Review*, vol. 48, n.º 3 (diciembre de 2006), págs. 859 y 922.
- KOPELMANAS, Lazare  
 «Custom as a Means of the Creation of International Law», *BYBIL*, vol. 18 (1937), págs. 127 a 151.
- KOSKENNIEMI, Martti  
*From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989.  
 «Introduction», en Martti Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2000, págs. i a xxi.
- KUNZ, Josef L.  
 «The Nature of Customary International Law», *AJIL*, vol. 47, n.º 4 (octubre de 1953), págs. 662 a 669.
- KUZNETSOV, V. I. y B. R. TUZMUKHAMEDOV (eds.)  
*International Law – A Russian Introduction*, Utrecht, Eleven, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch  
*The Development of International Law by the International Court*, ed. rev., Cambridge, Grotius, 1982.
- LEPARD, Briand D.  
*Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LILLICH, Richard B.  
 «The Growing Importance of Customary International Human Rights Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, n.ºs 1 y 2 (1995/1996), págs. 1 a 30.
- LINDROOS, Anja y Michael MEHLING  
 «Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes”: International Law and the WTO», *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 5 (2006), págs. 857 a 877.
- LOWE, Vaughan  
*International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LUKASHUK, Igor I.  
 «Customary Norms in Contemporary International Law», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 487 a 508.

- MACGIBBON, Iain  
«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.
- MACLAREN, Malcolm y Felix SCHWENDIMANN  
«An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law», *German Law Journal*, vol. 6, n.º 9 (2005), págs. 1217 a 1242.
- MALANCZUK, Peter  
*Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres, Routledge, 1997.
- MALENOVSKÝ, Jiří  
«Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 217 a 241.
- MASSEY, David B.  
«How the American Law Institute Influences Customary Law: The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n.º 2 (tercer trimestre de 1997), págs. 419 a 445.
- MAYBEE, Larry y Benarji CHAKKA (eds.)  
*Custom as a Source of International Humanitarian Law*, Nueva Delhi, CICR, 2006.
- MCGINNIS, John O.  
«The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n.º 1 (cuarto trimestre de 2003), págs. 229 a 284.  
«The Comparative Disadvantage of Customary International Law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n.º 1 (cuarto trimestre de 2006), págs. 7 a 14.
- McNAIR, Lord  
*Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCRAE, Donald  
«The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission», *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 111, n.º 4 (marzo de 2013), págs. 75 a 94.
- MÉGRET, Frédéric  
«International law as law», en James Crawford y Martti Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, págs. 64 a 92.
- MEIJERS, Herman  
«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 H.  
«The International Court of Justice and the sources of international law», en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, págs. 63 a 103.  
«The Formation of Customary International Law», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, t. 272, La Haya, Martinus Nijhoff, 1999, págs. 155 a 410.
- MERON, Theodor  
«On a Hierarchy of International Human Rights», *AJIL*, vol. 80 (1986), págs. 1 a 23.  
«The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law», *AJIL*, vol. 90, n.º 2 (abril de 1996), págs. 238 a 249.  
«International Law in the Age of Human Rights», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2003, t. 301, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, págs. 9 a 490.  
«Revival of Customary Humanitarian Law», *AJIL*, vol. 99, n.º 4 (octubre de 2005), págs. 817 a 834.  
*The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench. Selected Speeches*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- METTRAUX, Guénaël  
*International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- MILANO, Enrico  
«The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (2012), págs. 499 a 524.
- MOHD ZIN, Sharizal y Ashraf U. Sarah KAZI  
«The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 2, n.º 3 (2012), págs. 229 a 262.
- 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.
- MURPHY, Sean D.  
*Principles of International Law*, 2.ª ed., St. Paul (Minnesota), West, 2012.
- NIETO-NAVIA, Rafael  
«International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law», en Lai Chand Vohrah y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer, 2003, págs. 595 a 640.
- NORMAN, George y Joel P. TRACHTMAN  
«The Customary International Law Game», *AJIL*, vol. 99, n.º 3 (julio de 2005), págs. 541 a 580.
- OCHOA, Christiana  
«The Individual and Customary International Law Formation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, n.º 1 (cuarto trimestre de 2007), págs. 119 a 186.
- O'CONNELL, Mary Ellen  
«*Jus Cogens*: International Law's Higher Ethical Norms», en Donald Earl Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, págs. 78 a 98.
- ONUF, N. G. y Richard K. BIRNEY  
«Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, n.º 2 (cuarto trimestre de 1974), págs. 187 a 198.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.  
*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ORREGO VICUÑA, Francisco  
«Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, n.º 148 (2005), págs. 21 a 38.

- PALMER, Geoffrey  
«New Ways to Make International Environmental Law», *AJIL*, vol. 86, n.º 2 (abril de 1992), págs. 259 a 283.
- PALMETER, David y Petros C. MAVROIDIS  
«The WTO Legal System: Sources of Law», *AJIL*, vol. 92, n.º 3 (julio de 1998), págs. 398 a 413.
- PARRY, Anthony (ed.)  
*Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2012.
- PARRY, Clive  
*The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1965.
- PAULUS, Andreas  
«The judge and international custom», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 253 a 265.
- PAUST, Jordan  
«The Reality of *Jus Cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, n.º 1 (cuarto trimestre de 1991), págs. 81 a 85.
- PAUWELYN, Joost  
«The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *AJIL*, vol. 85, n.º 3 (julio de 2001), págs. 535 a 578.
- PEARCE, Jeremy  
«Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth», *Australian International Law Journal* (2003), págs. 125 a 140.
- PELLET, Alain  
«“Droits-de-l’homme” et droit international», *Droits fondamentaux*, n.º 1 (julio-diciembre de 2001), págs. 167 a 179.  
«Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making», en Mahnoush H. Arsanjani y otros (eds.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, págs. 1065 a 1083.  
«Article 38», en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 731 a 870.
- PERREAU-SAUSSINE, Amanda y James Bernard MURPHY  
«The character of customary law: an introduction», en Amanda Perreau-Saussine y James Bernard Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 1 a 10.
- PETERSEN, Niels  
«Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation», *American University International Law Review*, vol. 23, n.º 2 (2007-2008), págs. 275 a 310.
- POSTEMA, Gerald J.  
«Custom in international law: a normative practice account», en Amanda Perreau-Saussine y James Bernard Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 279 a 306.
- REISMAN, W. Michael  
«The Cult of Custom in the Late 20th Century», *California Western International Law Journal*, vol. 17, n.º 1 (primer semestre de 1987), págs. 133 a 145.
- REUTER, Paul  
*Introduction au droit des traités*, París, Librairie Armand Colin, 1972.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth  
«Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation», *AJIL*, vol. 95, n.º 4 (octubre de 2001), págs. 757 a 791.
- «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (enero de 2011), págs. 57 a 92.
- ROSENNE, Shabtai  
*Practice and Methods of International Law*, Londres, Oceana Publications, 1984.
- ROZAKIS, Christos L.  
*The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1976.
- SCHABAS, William  
«Customary Law or “Judge-Made” Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals», en José Doria y otros (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Pavlovich Blishchenko*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 77 a 101.
- SCHACHTER, Oscar  
«Entangled Treaty and Custom», en Yoram Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 717 a 738.  
*International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.  
«New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 531 a 540.
- SCHARF, Michael P.  
«Seizing the “Grotian Moment”: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change», *Cornell International Law Journal*, vol. 43, n.º 3 (cuarto trimestre de 2010), págs. 439 a 469.
- SCHLÜTTER, Birgit  
*Developments in Customary International Law. Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- SCHWARZENBERGER, Georg  
«International *Jus Cogens*?», *Texas Law Review*, vol. 43 (1964-1965), págs. 455 a 478.
- SCOTT, Gary L. y Craig L. CARR  
«The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy», *Texas International Law Journal*, vol. 16 (tercer trimestre de 1981), págs. 347 a 359.  
«Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, n.º 1 (cuarto trimestre de 1996), págs. 71 a 94.
- SEIBERT-FOHR, Anja  
«Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order», en Andreas Zimmerman y Rainer Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlín, Duncker & Humblat, 2006, págs. 257 a 283.
- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SHELTON, Dinah (ed.)  
*International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SIMMA, Bruno y Philip ALSTON  
«The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988-1989), págs. 82 a 108.

- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. y aum., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof  
 «Elements of Custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), págs. 810 a 854.
- SOHN, Louis B.  
 «“Generally Accepted” International Rules», *Washington Law Review*, vol. 61, n.º 3 (julio de 1986), págs. 1073 a 1080.
- SPIERMANN, Ole  
 «“Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice», *BYBIL*, vol. 73 (2002), págs. 187 a 260.  
 «Historical Introduction», en Andreas Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 47 a 71.
- STAHN, Carsten y Larissa VAN DEN HERIK  
 «“Fragmentation”, Diversification and “3D” Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?», en Larissa van den Herik y Carsten Stahn (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, págs. 21 a 89.
- STERN, Brigitte  
 «Custom at the Heart of International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, n.º 1 (2011), págs. 89 a 108.
- STIRN, Bernard  
 «La place de la coutume internationale en droit public français», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 267 a 271.
- SUR, Serge  
*International Law, Power, Security and Justice. Essays on International Law and Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- SWAINE, Edward T.  
 «Rational Custom», *Duke Law Journal*, vol. 52, n.º 3 (diciembre de 2002), págs. 559 a 627.
- TASIOULAS, John  
 «Customary International Law and the Quest for Global Justice», en Amanda Perreau-Saussine y James Bernard Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, págs. 307 a 335.
- TAVERNIER, Paul  
 «L’identification des règles fondamentales, un problème résolu?», en Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 1 a 20.
- TAVERNIER, Paul y Jean-Marie HENCKAERTS (eds.)  
*Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*, Bruselas, Bruylant, 2008.
- THIRLWAY, Hugh  
*International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, Leiden, Sijthoff, 1972.  
 «The Sources of International Law», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 95 a 121.  
 «Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», en Rüdiger Wolfrum e Ina Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, págs. 311 a 323.
- THÜRER, Daniel  
 «Soft Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 269 a 278.
- TOMKA, Peter  
 «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 195 a 216.
- TOMUSCHAT, Christian  
 «What is “general international law”», en *Guerra y Paz: 1945-2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, págs. 329 a 348.
- TREVES, Tullio  
 «Customary International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 937 a 957.
- TUNKIN, Grigory I.  
 «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», *California Law Review*, vol. 49, n.º 3 (agosto de 1961), págs. 419 a 430.  
 «*Jus Cogens* in Contemporary International Law», *University of Toledo Law Review*, n.ºs 1 y 2, vol. 1971 (3 (1971)), págs. 107 a 118.
- VAGTS, Detlev F.  
 «International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence», *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 5 (2004), págs. 1031 a 1040.
- VAN DAMME, Isabelle  
*Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VAN DEN HERIK, Larissa  
 «Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity», en Shane Darcy y Joseph Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, págs. 80 a 105.
- VANHAMME, Jan  
 «Formation and enhancement of customary international law: the European Union’s contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXIX (2008), págs. 127 a 154.
- VAN HOOF, G. J. H.  
*Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer, 1983.
- VAN SCHAACK, Beth  
 «*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals», *Georgetown Law Journal*, vol. 97 (noviembre de 2008), págs. 119 a 192.
- VERHOEVEN, Joe  
*Droit international public*, Bruselas, Larcier, 2000.
- VIDMAR, Jure  
 «Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?», en Erika De Wet y Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 13 a 41.
- VIERDAG, E. W.  
 «The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention», *AJIL*, vol. 76 (1982), págs. 779 a 801.

- VILLIGER, Mark E.  
*Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2.ª ed. rev., La Haya, Kluwer, 1997.
- VON BERNSTORFF, Jochen  
 «Martens Clause», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1143 a 1146.
- VON GLAHN, Gerhard y James Larry TAULBEE  
*Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, 10.ª ed., Boston, Pearson, 2013.
- VOYIAKIS, Emmanuel  
 «A Theory of Customary International Law», 2008, disponible en Social Science Research Network, <http://ssrn.com/abstract=895462>, págs. 1 a 69.  
 «Customary International Law and the Place of Normative Considerations», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 55 (2010), págs. 163 a 200.
- WEIL, Prosper  
 «Towards Relative Normativity in International Law?», *AJIL*, vol. 77 (1983), págs. 413 a 442.
- WEISBURD, Arthur M.  
 «Customary International Law: The Problem of Treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, n.º 1 (1988), págs. 1 a 45.
- WHEATLEY, Steven  
*The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- WILDHABER, Luzius y Stephan BREITENMOSER  
 «The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 48 (1988), págs. 163 a 207.
- WILMSHURST, Elizabeth y Susan BREAU (eds.)  
*Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- WOLFKE, Karol  
*Custom in Present International Law*, 2.ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
 «Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXIV (1993), 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  
 «General International Law (Principles, Rules, and Standards)», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 344 a 368.  
 «Sources of International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 299 a 313.
- WORSTER, William Thomas  
 «The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, n.º 2 (2014), págs. 445 a 521.
- WOUTERS, Jan y Cedric RYNGAERT  
 «Impact on the Process of the Formation of Customary International Law», en Menno T. Kamminga y Martin Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 111 a 131.
- YASUAKI, Onuma  
 «Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?», *International Legal Theory*, vol. 8, n.º 1 (cuarto trimestre de 2002), págs. 1 a 28.
- ZAHAR, Alexander  
 «Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY», en Bert Swart y otros (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 469 a 504.
- ZIEMELE, Ineta  
 «Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 243 a 242.

## Introducción

### A. Preámbulo

1. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo actual, y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood<sup>1</sup>. El Relator Especial preparó una nota en la que expuso sus primeras consideraciones sobre el tema, en particular en lo que respecta al alcance y el programa de trabajo provisional<sup>2</sup>, que más avanzado el período de sesiones constituyó el punto de partida de un primer debate<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3132.ª sesión.

<sup>2</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653.

<sup>3</sup> *Ibid.*, vol. I, sesiones 3148.ª y 3150.ª a 3152.ª; véase también *ibid.*, vol. II (segunda parte), párrs. 156 a 202.

2. En el transcurso de las deliberaciones que más adelante ese mismo año tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General, las delegaciones destacaron la importancia y la utilidad del tema, así como el papel fundamental que desempeña el derecho internacional consuetudinario en el plano nacional e internacional. También se hizo hincapié en las dificultades inherentes al tema, en particular lo complejo que resulta determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Las delegaciones destacaron asimismo la necesidad de mantener la flexibilidad del proceso consuetudinario. Otros puntos que se señalaron fueron la importancia de estudiar el significado y las manifestaciones de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* como elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario; el interés que reviste la relación entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario; la necesidad de examinar

el papel que desempeñan las organizaciones internacionales en la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, y la conveniencia de llegar a un resultado práctico<sup>4</sup>.

3. En su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, la Asamblea General observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo, y señaló a la atención de los gobiernos la importancia de que comunicasen sus observaciones sobre las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 64.º período de sesiones<sup>5</sup>.

4. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión solicitó a los Estados

información sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de elementos que pueden servir de prueba de ese derecho en una situación dada, tal como se manifiestan en:

a) las declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y

b) las resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales<sup>6</sup>.

El Relator Especial sugiere que la Comisión pida en este momento que las respuestas se envíen a más tardar el 31 de enero de 2014.

5. La Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que pudieran ser de particular interés para el tema<sup>7</sup>. Como se describe en la sección B *infra*, el memorando de la Secretaría contiene información detallada sobre la labor anterior de la Comisión que reviste interés para el tema<sup>8</sup>, y será un recurso valioso para la labor futura de la Comisión.

6. El presente informe es de carácter introductorio. Su objetivo es ofrecer un punto de partida para la labor y los debates futuros sobre el tema. A esos efectos, después de describir la labor anterior de la Comisión que reviste interés en este ámbito, en el capítulo I se analiza el alcance del tema (en particular si el *jus cogens* debería estar comprendido) y los posibles resultados. En el capítulo II se examinan algunas cuestiones relacionadas con el derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho, entre ellas el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y la terminología. En el capítulo III se describen las principales categorías de material relativo a los procesos de formación y prueba del derecho internacional consuetudinario (la práctica de los

Estados y otras entidades intergubernamentales, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes, la labor de otros órganos, y la doctrina). Al mismo tiempo, se examinan diversos enfoques que se han sugerido en relación con la formación y prueba de las normas de derecho internacional consuetudinario y la experiencia acumulada al respecto.

7. En primer lugar cabe mencionar especialmente la labor realizada por la Asociación de Derecho Internacional, que se describe en mayor detalle en la sección D del capítulo III *infra*. La Declaración de principios aplicable a la formación del derecho internacional consuetudinario general de 2000 de la Asociación fue la culminación de una tarea importantísima realizada a lo largo de 15 años, que concluyó hace unos 13 años y consistió en examinar el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario<sup>9</sup>. La labor de la Comisión se diferenciará de la Asociación en algunos aspectos, entre otras cosas debido a la singularidad de la Comisión, por su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General, y a la relación que por consiguiente existe entre la Comisión y los Estados<sup>10</sup>.

## B. Labor anterior de la Comisión

8. Es útil recordar la labor realizada por la Comisión en esferas conexas, incluida la tarea que le encomendó inicialmente el artículo 24 de su Estatuto, y su labor sobre el derecho de los tratados y el tema «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional». Gran parte de la labor de la Comisión ha tenido que ver con la determinación de las normas que constituyen el derecho internacional consuetudinario, aunque a veces ha tenido cuidado en distinguir claramente entre la codificación del derecho internacional y su desarrollo progresivo<sup>11</sup>.

9. De conformidad con el artículo 24 de su Estatuto<sup>12</sup>, la Comisión examinó el tema «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario» en sus períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950. Sobre la base de un memorando de la Secretaría<sup>13</sup> y un

<sup>9</sup> Resolución 16/2000, «Formation of General Customary International Law», aprobada en Londres el 29 de julio de 2000 en la 69.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, y Declaración de principios aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario general, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, Asociación de Derecho Internacional, Londres, 2000, págs. 39 y 712 a 777, respectivamente.

<sup>10</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community*, págs. 128 y 129 («la mejor manera de aclarar, con fuerza legal, los criterios de la costumbre, sería preparar cuidadosamente una nueva definición, redactada por ejemplo por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas»).

<sup>11</sup> Véase McRae, «The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission».

<sup>12</sup> El artículo 24 del Estatuto de la Comisión establece que «[l]a Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General».

<sup>13</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1949*, documento A/CN.4/6, págs. 228 a 231.

<sup>4</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 18.ª a 25.ª* (A/C.6/67/SR.18 a 25); véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 47 a 52.

<sup>5</sup> Resolución 67/92 de la Asamblea General, párrs. 4 y 7.

<sup>6</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 29.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>8</sup> Memorando de la Secretaría, Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema, documento A/CN.4/659, reproducido en el presente volumen.

documento preparado por el Sr. Manley O. Hudson<sup>14</sup>, la Comisión formuló una serie de recomendaciones, en particular la de que la Asamblea General señalase a la atención de los Estados la conveniencia de que publicaran extractos de su correspondencia diplomática y de otros documentos relativos al derecho internacional, para facilitar el acceso a la documentación sobre su práctica<sup>15</sup>. A raíz de este informe influyente surgieron varias publicaciones importantes en materia de derecho internacional, a nivel nacional e internacional, entre ellas, *United Nations Legislative Series* y *Recueil des sentences arbitrales*, así como recopilaciones de la práctica nacional<sup>16</sup>.

10. Se prepararon dos estudios importantes sobre el derecho internacional, uno en 1948<sup>17</sup> y otro en 1971<sup>18</sup>, para ayudar a la Comisión a elegir sus temas. Es interesante recordar lo que decía el estudio de 1948 bajo el título «Fuentes del derecho internacional»:

La codificación de este aspecto del derecho internacional se ha logrado con éxito al definir las fuentes del derecho internacional como aquellas que se mencionan en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa definición ha sido considerada, en reiteradas ocasiones, una norma con fuerza legal por tribunales arbitrales internacionales. Es dudoso que pudiera derivarse alguna utilidad de un intento de especificar aún más esa norma, por ejemplo definiendo las condiciones aplicables a la creación de la costumbre internacional o a la continuidad de su validez, o enumerando, a vía de ejemplo, algunos de los principios generales del derecho que el Artículo 38 del Estatuto reconoce como una de las tres fuentes de derecho principales que la Corte deberá aplicar. La inclusión de una definición de las fuentes del derecho internacional en cualquier plan de codificación tendría por objeto llenar un requisito de simetría sistemática, y no satisfacer una necesidad práctica imperiosa, que es algo diferente. Sin embargo, podría ser muy útil adjuntar a la definición un comentario que resuma la experiencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en la aplicación de las diversas fuentes del derecho internacional<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/CN.4/16 y Add.1. Con referencia al alcance del derecho internacional consuetudinario, el Sr. Hudson sugirió, entre otras cosas, que «la determinación de la existencia de un principio o regla de derecho internacional consuetudinario parece exigir la concurrencia de los siguientes elementos: a) práctica concordante de cierto número de Estados respecto a un tipo de situación que entre en el dominio de las relaciones internacionales; b) continuación o repetición de tal práctica por un considerable período de tiempo; c) comprobación de que el derecho internacional existente requiere tal práctica o de que esta es congruente con aquel; y d) aquiescencia general de otros Estados respecto a tal práctica» (ibíd., pág. 26, párr. 11). En el documento de trabajo se hizo un análisis más detallado de la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario.

<sup>15</sup> Ibíd., págs. 367 a 374, documento A/1316, párrs. 24 a 94, en esp. págs. 373 y 374, párrs. 90 a 94; C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, págs. 70 a 82, reproducido en A. Parry, *Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, págs. 1 a 105.

<sup>16</sup> Memorando de la Secretaría (nota 8 *supra*), párrs. 9 a 11. En 1968, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó un plan modelo para la clasificación de documentos relacionados con la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional público (CM/Res (68) 17), que ha servido de marco para varias publicaciones nacionales; el plan modelo fue objeto de profundas modificaciones en 1997 (CM/Rec (97) 11).

<sup>17</sup> *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, memorando del Secretario General (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta 1948.V.1(1)). El Secretario de la Comisión señaló que el memorando de 1948 había sido obra del Sr. Hersch Lauterpacht (*Anuario... 1960*, vol. I, 535.ª sesión, pág. 51, párr. 33).

<sup>18</sup> Examen de conjunto del derecho internacional: documento de trabajo preparado por el Secretario General, *Anuario... 1971*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/245, pág. 1.

<sup>19</sup> *Examen d'ensemble du droit international* (nota 17 *supra*), pág. 24, párr. 33.

En el estudio de 1971 no se volvió a mencionar esta cuestión. No obstante, en un estudio oficioso de 1998, bajo el título «Temas que no deberían incluirse en el programa de la Comisión de Derecho Internacional», se decía lo siguiente:

La Comisión de Derecho Internacional no debería incluir en su programa el tema «Fuentes» (con excepción de los tratados). Es contraproducente, y puede ser imposible, codificar los procesos relativamente flexibles en virtud de los cuales se forman las normas del derecho internacional consuetudinario. Además, las preguntas relativas a las fuentes son fundamentales (por ejemplo, ¿qué es la costumbre? ¿Cómo se forma?) y no secundarias (por ejemplo, ¿cuáles son las normas aplicables a la interpretación de los tratados?), y esas preguntas fundamentales parecen depender excepcionalmente de la teoría<sup>20</sup>.

Cuando decidió ocuparse del presente tema, la Comisión estaba al tanto de esas opiniones anteriores. Pero también sabía que, como decía en la sinopsis de 2011:

entender este proceso de formación e identificación [del derecho internacional consuetudinario] es esencial para todos aquellos que han de aplicar las normas del derecho internacional. Llegar a una interpretación común del proceso podría ser de gran importancia práctica, máxime teniendo en cuenta que quienes se ven enfrentados a las cuestiones del derecho internacional consuetudinario son, de modo creciente, personas que quizás no sean especialistas en derecho internacional, como el personal de los tribunales nacionales de muchos países, los funcionarios de ministerios distintos del de relaciones exteriores o los funcionarios de organizaciones no gubernamentales<sup>21</sup>.

11. Como se explica en el memorando de la Secretaría, la Comisión se ha ocupado del tema de la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario en numerosas ocasiones. Habida cuenta de la labor realizada por la Comisión desde 1949 en relación con este tema (en particular los proyectos definitivos aprobados por la Comisión en el transcurso de los años sobre los diversos temas que ha examinado), en el memorando «se pretenden distinguir elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podrían ser de particular interés para el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”». En su parte principal, el memorando se refiere

al enfoque de la Comisión a los efectos de la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación, para lo cual se concentra en: a) el enfoque general de la Comisión; b) la práctica de los Estados; c) el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*); d) la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales; y e) la pertinencia de los pronunciamientos judiciales y de los escritos de los publicistas.

También alude a «ciertos aspectos del funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional», relacionados con el «carácter vinculante y [...] las características de las normas del derecho internacional consuetudinario —incluidas las normas regionales, las normas por las que se establecen obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*—, así como [...] la relación del derecho internacional consuetudinario con los tratados y con el “derecho internacional general”»<sup>22</sup>.

12. En el memorando de la Secretaría también se sugiere, entre otras cosas, que la Comisión ha considerado sistemáticamente que la uniformidad y la generalidad de la práctica de los Estados son los factores clave en la formación y la documentación de las normas de derecho internacional

<sup>20</sup> Anderson y otros, *The International Law Commission and the Future of International Law*, pág. 42, párr. 104.

<sup>21</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo I, párr. 3.

<sup>22</sup> Memorando de la Secretaría (nota 8 *supra*), Resumen.

consuetudinario. Se señala asimismo que, además de a la práctica de los Estados, la Comisión se ha «remitido frecuentemente» en este contexto —aunque con diferentes formulaciones— «a lo que a menudo se define como el elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario»<sup>23</sup>. En

<sup>23</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

el memorando se observa que la Comisión ha utilizado «diverso material» para evaluar tanto la práctica de los Estados como el «elemento subjetivo» asociado a ella, y que las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, así como la práctica de las organizaciones internacionales, han demostrado en no pocas ocasiones ser de interés para dicha labor.

## CAPÍTULO I

### Alcance y resultados

#### A. Alcance y resultados del tema

13. El alcance del presente tema y los posibles resultados de la labor de la Comisión se examinaron durante el debate de la Comisión en 2012<sup>24</sup> y en curso de las deliberaciones que tuvieron lugar en la Sexta Comisión en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General<sup>25</sup>. Se planteó la pregunta de si el título del tema, que hace referencia tanto a la «formación» como a la «documentación» del derecho internacional consuetudinario, abarcaba exactamente la materia que se pretendía examinar; también se señaló que había algunas incongruencias en las versiones de esas referencias en los distintos idiomas. Además, se sugirió que la cuestión central era la «identificación» del derecho internacional consuetudinario, y que al emplear el término «formación» se corría el riesgo de que el tema se convirtiera en algo demasiado amplio o demasiado teórico.

14. En opinión del Relator Especial, cualquiera sea el título exacto que se le asigne, el objetivo del tema es ofrecer algunas directrices a aquellos a quienes incumbe aplicar las normas del derecho internacional consuetudinario en cuanto a la forma de identificar esas normas en casos concretos. Entre ellos están, aunque no exclusivamente, los jueces de los tribunales nacionales y los jueces y árbitros de los tribunales y cortes internacionales especializados.

15. En la versión del título en inglés, los términos «*formation*» y «*evidence*» apuntan a indicar que, para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario tener en cuenta tanto los requisitos exigidos para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, como los tipos de documentación que demuestran que se han cumplido esos requisitos. De todos modos, puede ser útil asegurarse, desde un comienzo, que el título refleje con exactitud el alcance que se le quiere dar al tema en los diversos idiomas (incluido el inglés) y que tenga el mismo significado en todos ellos.

16. Se observan muchos enfoques del derecho internacional consuetudinario entre los juristas internacionales, sobre todo entre la doctrina; algunos lo encaran principalmente como una fuente del derecho internacional, mientras que otros se preocupan más por su funcionamiento dentro de un ordenamiento jurídico nacional. Algunos

tratan de describir y aclarar la posición actual en lo que respecta a los métodos de formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, en tanto que otros miran explícitamente hacia el futuro<sup>26</sup>. El Relator Especial cree que el objetivo de la Comisión debería ser describir la situación actual del derecho internacional en lo relativo a la formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, sin perjuicio de lo que pueda ocurrir en el futuro.

17. Los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2012 permiten concluir que, a fin de evitar duplicaciones innecesarias, es preciso delimitar claramente el alcance del tema y distinguirlo de otros que han formado o forman parte del programa de la Comisión, como la «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»<sup>27</sup> y «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»<sup>28</sup>. Esto no debería ser difícil en la práctica, ya que la distinción es razonablemente clara<sup>29</sup>.

18. No se debería esperar que la Comisión, como resultado de su labor, enuncie una serie de reglas claras e inamovibles para identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. La finalidad debe ser, en cambio, arrojar luz sobre los procesos generales de formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario: hasta el momento parece haber un acuerdo general en los debates en cuanto a que el resultado de la labor de la Comisión debería ser una serie de «conclusiones» con comentarios<sup>30</sup>.

19. Una cuestión que tendrá que abordar la Comisión es si existen enfoques diferentes respecto de la formación

<sup>26</sup> Véanse los párrafos 94 a 101 *infra*.

<sup>27</sup> En cuanto a las conclusiones del Grupo de Estudio sobre ese tema, véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 251, así como *ibíd.* (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1.

<sup>28</sup> El título anterior del tema era «Los tratados en el tiempo».

<sup>29</sup> Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial (documento A/CN.4/660), reproducido en el presente volumen, párr. 7.

<sup>30</sup> De manera similar, la Declaración de principios (nota 9 *supra*) de la Asociación de Derecho Internacional (págs. 3 y 4, párr. 4) contiene «una enunciación de las normas y los principios pertinentes, tal como los entiende el Comité [...], ciertas directrices prácticas para aquellos a quienes incumbe aplicar el derecho o asesorar sobre él, así como para los académicos y los estudiantes. Muchos necesitan contar con directrices relativamente concisas y claras sobre una cuestión que a menudo genera considerable perplejidad».

<sup>24</sup> Véase la nota 3 *supra*.

<sup>25</sup> Véase la nota 4 *supra*.



y la documentación del derecho internacional consuetudinario en las distintas ramas del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos<sup>31</sup>, el derecho penal internacional<sup>32</sup> y el derecho internacional humanitario<sup>33</sup>. La formación y documentación de normas de derecho internacional consuetudinario en distintas esferas puede plantear problemas particulares y, por lo tanto, puede ser necesario considerar si es posible asignar, y en caso afirmativo en qué medida, un peso diferente a distintas clases de material, dependiendo del ámbito de que se trate<sup>34</sup>. Al mismo tiempo, cabe recordar que, en palabras del magistrado Greenwood, «[e]l derecho internacional no es una serie de ordenamientos jurídicos especializados y autónomos fragmentados, cada uno de los cuales funciona en forma separada de los demás; es un ordenamiento jurídico único y unificado»<sup>35</sup>.

20. Otra pregunta que se planteó en el debate inicial que tuvo lugar en la Comisión fue si el enfoque que debía adoptarse dependería del público al que se apuntaba<sup>36</sup>. Se recordará que al comienzo de la labor de la Asociación

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Klein, *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht. Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam*; Lillich, «The Growing Importance of Customary International Human Rights Law», y Cohen, «From Fragmentation to Constitutionalization».

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Schabas, «Customary Law or “Judge-Made” Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals».

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, D’Aspremont, «Théorie des sources»; y Meron, «The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law». Meron ha sugerido también que «es difícil encontrar una práctica de los Estados que sea positiva y concreta en relación con las normas que son en su mayor parte prohibitivas —como lo son generalmente las normas de derecho humanitario— porque el respeto de esas normas se logra sobre todo absteniéndose de infringirlas, y no a través de una práctica afirmativa» (*The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench, Selected Speeches*, pág. 32).

<sup>34</sup> Casos *Immunités juridictionnelles de l’État* (Alemania c. Italia; Grecia, interviniente), fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 132, párr. 73 («a los fines del presente caso, la práctica de los Estados que resulta más pertinente es la que surge de [las] decisiones de los tribunales nacionales»); y *Tadić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, causa núm. IT-94-1, decisión sobre la apelación de la defensa sobre la excepción prejudicial de incompetencia, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, pág. 464, 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 CICR) 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»).

<sup>35</sup> Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), indemnización, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 394, párr. 8. Véase también *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 251, e *ibíd.* (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párrs. 33 («el derecho es un “sistema”») y 34.

<sup>36</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3148.ª sesión, declaración del Sr. Murase.

de Derecho Internacional también se tuvo en cuenta la «perspectiva de la observación»<sup>37</sup>. En opinión del Relator Especial, el enfoque aceptado para identificar una norma jurídica debería ser el mismo para todos; lo que la Comisión puede aspirar a lograr es precisamente un entendimiento común a nivel general.

21. En el transcurso de la labor de la Comisión será necesario abordar cuestiones generales de metodología aplicables a la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario, tales como el peso relativo que se otorgará a las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados, en comparación con los razonamientos deductivos. Asimismo, es posible que ciertas consideraciones prácticas incidan en la metodología, especialmente si se tiene en cuenta que en el mundo hay casi 200 Estados (así como otras entidades internacionales), aunque esto no constituye un problema nuevo. Cabe también destacar las dificultades inherentes al tema, principalmente por las propias características del derecho internacional consuetudinario como derecho no escrito, y las controversias ideológicas y teóricas a menudo vinculadas a él<sup>38</sup>.

22. El presente tema se refiere a los procesos que intervienen en la formación de normas de derecho internacional consuetudinario y a la documentación necesaria para determinar su existencia. No se trata de establecer los aspectos de fondo de determinadas normas<sup>39</sup>. El objetivo es proporcionar directrices en cuanto a la forma de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento dado, y no dilucidar qué normas en particular han adquirido tal condición<sup>40</sup>. Tampoco se pretende analizar el lugar que ocupa el derecho internacional consuetudinario dentro del derecho que habrá de aplicar los diversos tribunales y cortes, o los procedimientos y disposiciones especiales que puedan existir en los diferentes ordenamientos jurídicos para identificar normas de derecho internacional consuetudinario (aunque ello deba tenerse en cuenta al evaluar las decisiones de los tribunales nacionales).

23. De lo anterior se desprende (con sujeción a los cambios que la Comisión pueda introducir en el título del tema<sup>41</sup>) que se podría formular una primera conclusión sobre el alcance del proyecto de conclusiones, en los siguientes términos:

<sup>37</sup> Declaración de principios... (nota 9 *supra*), pág. 716, párr. 7, nota 11: apéndice titulado «Formation of International Law and the Observational Standpoint», del primer informe del Relator (1986), *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, sesión de Varsovia, Londres, 1988, pág. 936.

<sup>38</sup> Véase también Declaración de principios... (nota 9 *supra*), párr. 2.

<sup>39</sup> Véase la distinción entre normas primarias y secundarias que fue tan importante en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>40</sup> En todo caso es importante tener presente que «el proceso de formación del derecho consuetudinario es un proceso continuo: no se detiene cuando ha surgido una norma» (Mendelson, «The Formation of Customary International Law», pág. 188); véase también Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 15 («la determinación de la costumbre internacional y la formulación de las normas jurídicas respectivas pueden llevarse a cabo una y otra vez en diversas ocasiones. Esa identificación nunca es definitiva»).

<sup>41</sup> Véanse las notas 3 y 4 *supra*.

### «1. Alcance.

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la formación y documentación de normas de derecho internacional consuetudinario.»

### B. Inclusión o no del *jus cogens*

24. Durante los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2012 se planteó la pregunta de si el presente tema debía abarcar la formación y documentación de normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)<sup>42</sup>.

25. Una norma de *jus cogens* es una norma jurídica «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»<sup>43</sup>. Si bien la existencia de esta categoría de derecho internacional «superior» ya no está seriamente en discusión<sup>44</sup>, en la doctrina sigue habiendo numerosas controversias en cuanto a su contenido de fondo y los elementos de prueba vinculados a él<sup>45</sup>. En este contexto resulta en particular pertinente señalar que sigue habiendo un «aura de misterio»<sup>46</sup> en torno a la fuente de las normas de *jus cogens*: algunos juristas internacionales opinan que constituyen una categoría especial de derecho internacional consuetudinario<sup>47</sup>, otros niegan que puedan

derivarse de la costumbre<sup>48</sup>, mientras que otros opinan que el derecho internacional consuetudinario es apenas una de las posibles fuentes del *jus cogens*<sup>49</sup>. Se ha sugerido que la opinión que tiene cada cual sobre la relación entre el *jus cogens* y el derecho internacional consuetudinario depende, fundamentalmente, de la concepción que se tenga de este último<sup>50</sup>.

26. Hay argumentos a favor y en contra de incluir el *jus cogens* en el presente tema. Para algunos, existe la posibilidad de concluir que las normas del derecho internacional consuetudinario son —o pueden llegar a ser— normas de *jus cogens*, y que ambas pueden estar vinculadas por elementos constitutivos comunes. Para otros, el *jus cogens* plantea sus propias dificultades en lo que respecta a la prueba, la formación y la clasificación, que están fuera del alcance del presente tema<sup>51</sup>. La mayo-

<sup>42</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969), arts. 53 y 64. La definición de la Convención de Viena es de aplicación general: véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 5 del comentario al artículo 26, citado en el comentario del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario al artículo 26.

<sup>43</sup> Convención de Viena de 1969, art. 53; véase también Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public. Nguyen Quoc Dinh*, págs. 220 a 229; y Frowein, «*Jus Cogens*», pág. 443.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, las conclusiones derivadas de los estudios y deliberaciones del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, presidido por el Sr. Martti Koskenniemi, documento A/CN.4/L.702 (mimeografiado); y las referencias al *jus cogens* que figuran en los fallos de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, en *Activités armées sur le territoire du Congo (nueva demanda: 2002)* (República Democrática del Congo c. Rwanda), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 2006*, pág. 52; *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia; Grecia, interviniente), fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, párrs. 92 a 97; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 457, párr. 99. Véase también Frowein, «*Jus Cogens*», pág. 444, párr. 5 («Puede decirse entonces que la existencia del *jus cogens* en el derecho internacional público está reconocida actualmente por la práctica de los Estados, el derecho codificado de los tratados y la teoría del derecho»).

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, D'Amato, «It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus Cogens*»; Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law»; Charlesworth, «Law-making and sources», pág. 191; Tavernier, «L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», págs. 1 y 19; Kadelbach, «*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms», pág. 28; y Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, pág. 7.

<sup>46</sup> Bianchi, «Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*», pág. 493.

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, págs. 45

a 48; Reuter, *Introduction au droit des traités*, págs. 139 y 140; Mendelson, «The Formation of Customary International Law», pág. 181; Kaczorowska, *Public International Law*, pág. 28; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, págs. 7 y 8; Baker, «Customary International Law in the 21<sup>st</sup> Century: Old Challenges and New Debates», pág. 177; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pág. 132; Cassese, «For an Enhanced Role of *Jus Cogens*», pág. 164; Meron, «On a Hierarchy of International Human Rights», págs. 13 a 21; McNair, *Law of Treaties*, págs. 213 a 215; Paust, «The Reality of *Jus Cogens*», pág. 82; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 594; Onuf y Birney, «Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future», pág. 191; Orrego Vicuña, «Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», págs. 36 y 37; y Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, págs. 243 a 260; el Sr. Forteau también dijo, durante el 64.º período de sesiones de la Comisión, en 2012, que «[l]as normas de *jus cogens* son por definición parte del derecho consuetudinario» (*Anuario... 2012*, vol. I, 3150.ª sesión).

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, O'Connell, «*Jus Cogens*: International Law's Higher Ethical Norms», pág. 83; Janis, «The Nature of *Jus Cogens*», págs. 359 a 361; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 164; Vidmar, «Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?», pág. 26; y Domb, «*Jus Cogens* and Human Rights», pág. 106. El Sr. Murphy dijo, durante el 64.º período de sesiones de la Comisión, en 2012, con referencia al *jus cogens*, que «no procede de ninguna fuente de derecho internacional, sino que constituye una limitación de tales fuentes»; el Sr. Tladi también sugirió que «el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados se basan en una teoría del consentimiento del Estado, en tanto que el *jus cogens* [...] se fundamenta en algo diferente» (*Anuario... 2012*, vol. I, 3148.ª sesión).

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, Akehurst, «The Hierarchy of the Sources of International Law», págs. 282 a 284; Tunkin, «*Jus Cogens* in Contemporary International Law», pág. 116; Shaw, *International Law*, pág. 127; Bradley y Gulati, «Withdrawing from International Custom», pág. 212; Nieto-Navia, «International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law», págs. 613 y 614; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, pág. 58; y Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, pág. 126.

<sup>50</sup> Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, págs. 163 y 164 («[L]a respuesta a la pregunta de si el derecho internacional consuetudinario puede o no desempeñar un papel importante en la determinación del *jus cogens* también depende del concepto de esta fuente que uno tome como punto de partida. Aquellos que se adhieren a una concepción flexible de la costumbre serán los más inclinados a considerar que el derecho internacional consuetudinario es una fuente perfecta del *jus cogens*, ya que, en su opinión, produce normas de derecho internacional general vinculantes para todos los Estados del mundo. [...] Aquellos que, por el contrario, parten de una concepción más rígida de la costumbre, probablemente llegarán a la conclusión opuesta; los defensores de esta opinión aducen que, como consecuencia de los cambios que se han producido en el proceso de elaboración del derecho internacional a causa de la estructura de la actual sociedad internacional, ya no quedan muchas normas de derecho internacional consuetudinario que sean vinculantes para toda la comunidad internacional de Estados y, además, no cabe esperar que esas normas sean muy numerosas en el futuro»).

<sup>51</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3148.ª sesión, declaración del Sr. Murphy.

ría de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y de los representantes en la Sexta Comisión que examinaron la cuestión en 2012 consideraron que sería mejor no incluir el *jus cogens* en el presente tema.

27. Por motivos principalmente pragmáticos, y a fin de no complicar más un tema ya de por sí complejo<sup>52</sup>, el

<sup>52</sup> El Sr. Tladi, por ejemplo, expresó dudas en cuanto a que la Comisión pudiera llegar a un acuerdo sobre diversos aspectos del *jus*

Relator Especial considera que sería preferible no abordar la cuestión como parte del presente tema. Sin embargo, como observaron algunos miembros de la Comisión, ello no impide que de vez en cuando se haga referencia a las normas de *jus cogens* en algún contexto en particular.

*cogens* (ibíd.); el Sr. Park había sugerido que abordar el *jus cogens* en este momento podría ser como abrir la caja de Pandora (ibíd., 3152.ª sesión). Véase también el esquema *Jus cogens*, del Sr. Jacovides, para que la Comisión se ocupara del tema (*Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), págs. 238 a 245).

## CAPÍTULO II

### El derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional

#### A. El derecho internacional consuetudinario y su relación con otras fuentes mencionadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

28. El derecho internacional público forma parte del derecho<sup>53</sup>, y el derecho internacional consuetudinario es una de las principales fuentes de ese derecho<sup>54</sup>. Por «fuente» en este contexto se entiende una fuente formal<sup>55</sup>, «la que otorga carácter de ley al contenido de las normas de derecho internacional»<sup>56</sup>.

29. El Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es ampliamente considerado una enunciación con fuerza de ley de las fuentes del derecho internacional<sup>57</sup>, dice lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

<sup>53</sup> Véase un examen reciente en Mégrét, «International law as law».

<sup>54</sup> Es importante, para el imperio del derecho internacional, que se haga siempre una distinción clara entre el derecho y lo que no es derecho, entre las normas jurídicas y los principios y normas no jurídicos. El «*soft law*», un término sin un significado claro que se ha descrito más bien como un «eslógan» y que se refiere principalmente a normas que carecen deliberadamente de fuerza vinculante, no es derecho (véase, por ejemplo, Thürer, «Soft Law»; Lowe, *International Law*, págs. 95 a 97; Shaw, *International Law*, págs. 117 a 119; y Murphy, *Principles of International Law*, págs. 111 a 123). Sin embargo, el *soft law* puede contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario; esto se analizará en futuros informes.

<sup>55</sup> Las fuentes formales de derecho internacional son «los procesos en virtud de los cuales las normas de derecho internacional adquieren pertinencia jurídica», mientras que las fuentes materiales «pueden definirse como los orígenes políticos, sociológicos, económicos, morales o religiosos de las normas jurídicas» (Pellet, «Article 38», pág. 774, párr. 111).

<sup>56</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 2.

<sup>57</sup> Pellet, «Article 38», págs. 813 a 832, párrs. 209 a 249. No es necesario, a estos efectos, entablar un debate acerca de si la enumeración que figura en el Artículo 38, párr. 1, redactado en 1920, sigue siendo una lista completa: véase Wolfrum, «Sources of International Law», pág. 301, párr. 10.

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

30. El Artículo 38, párr. 1, apdo. b, es idéntico al artículo 38, párr. 1, apdo. b del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que fue preparado para el Consejo de la Sociedad de las Naciones por un comité consultivo de juristas en 1920<sup>58</sup>. El Presidente del Comité, Sr. Descamps, había propuesto inicialmente lo siguiente: «la costumbre internacional, que es la práctica entre las naciones aceptada por ellas como derecho»<sup>59</sup>. Han quedado registrados muy pocos debates sobre esta disposición en el Comité, o en el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. En el plan de los Sres. Root y Phillimore, esta disposición estaba redactada de la siguiente manera: «La costumbre internacional, como prueba de una práctica común en uso entre las naciones y aceptada por ellas como derecho»<sup>60</sup>. Sin embargo, en última instancia surgió el texto siguiente del comité de redacción: «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho»<sup>61</sup>. Este texto fue presentado a la Sociedad de las Naciones y aprobado con cambios de redacción únicamente<sup>62</sup>. No parece que se haya discutido durante la

<sup>58</sup> Ha habido intentos anteriores de abordar la cuestión. En particular, conforme al artículo 7 de la Convención (XII) relativa al Establecimiento de una Corte Internacional de Presas, esa corte debía aplicar, a falta de un tratado en vigor, «reglas de derecho internacional», siempre que fuesen «generalmente reconocidas»; véase Pellet, «Article 38», págs. 736 y 737, párrs. 11 a 13. Con respecto a la labor de la Comisión Consultiva, véase Spiermann, «“Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice», e «Historical Introduction», págs. 52 a 59, párrs. 6 a 22.

<sup>59</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Comité Consultatif de Juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, annexes* (La Haya, Van Langenhuysen, 1920), 13.ª sesión, pág. 306, anexo n.º 3. El representante de los Estados Unidos en el Comité, el Sr. Root, propuso un texto que era idéntico salvo en que añadía el término «reconocida» después de «práctica» (ibíd., 15.ª sesión, pág. 344, anexo n.º 1). El Sr. Descamps se refirió al derecho internacional consuetudinario como «[u]n método muy natural y sumamente fiable de desarrollo [del derecho internacional], ya que dimana en su totalidad de la expresión constante de las convicciones jurídicas y las necesidades de las naciones en sus relaciones recíprocas»: (ibíd., 14.ª sesión, pág. 322, anexo n.º 1).

<sup>60</sup> Ibíd., 24.ª sesión, pág. 548.

<sup>61</sup> Ibíd., 25.ª sesión, pág. 567, anexo n.º 2, art. 31.

<sup>62</sup> Ibíd., 32.ª sesión, pág. 680, anexo n.º 1, art. 35. El apartado fue aprobado por el Comité Consultivo en primera lectura, con el cambio de redacción siguiente: «la costumbre internacional, que es el reconocimiento de una práctica general aceptada como derecho».

preparación y aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en 1944-1945<sup>63</sup>.

31. Con frecuencia se dice que el Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, está «mal redactado»<sup>64</sup>. Por otra parte, se ha dicho que existen dos elementos clave en la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, que están expresados, de manera elegante y sucinta, en el Artículo 38<sup>65</sup>; y que «[e]l Artículo 38 no puede considerarse una simple guía, destinada a cumplir únicamente una función técnica en la Corte, sino la enunciación —a pesar de sus imperfecciones— de las modalidades de formación del derecho»<sup>66</sup>.

32. El Artículo 38, párr. 1, ha sido mencionado o reproducido con frecuencia en instrumentos posteriores<sup>67</sup>. Aunque en términos estrictos se aplica únicamente a la Corte Internacional de Justicia<sup>68</sup>, generalmente se considera que

La modificación no se mantuvo en el texto remitido a la Sociedad de las Naciones.

<sup>63</sup> Con respecto a los antecedentes del proceso de negociación del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, véase Haggemacher, «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», págs. 19 a 32; Pellet, «Article 38», págs. 738 a 745, párrs. 17 a 48; y Kearney, «Sources of Law and the International Court of Justice». En una mirada retrospectiva de las negociaciones de 1950, el Sr. Hudson señaló que los redactores del Estatuto «no tenían una idea muy clara de lo que constituía la costumbre internacional» (*Yearbook... 1950*, vol. I, 40.<sup>a</sup> sesión, pág. 6, párr. 45).

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 664; y Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 3. Villiger (*Customary International Law and Treaties*, pág. 15) escribió: «Es evidente que esta disposición tiene carencias. [...] Dado que la Corte no puede aplicar una costumbre, sino solamente el *derecho* consuetudinario; y el párrafo 1 *b*) invierte el orden lógico de los hechos, ya que una práctica generalmente aceptada como derecho es lo que constituye la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria».

<sup>65</sup> Bederman, *The Spirit of International Law*, págs. 9 y 33; véase también Cançado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, pág. 116. («El propio Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia califica la costumbre internacional al referirse a ella como la “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”»).

<sup>66</sup> Sur, *International Law, Power, Security and Justice. Essays on International Law and Relations*, pág. 166; véase también Jennings, «The Identification of International Law».

<sup>67</sup> Pellet, «Article 38», págs. 745 y ss., párrs. 49 a 54. Artículo 28 del Acta General (Arreglo Pacífico de Desacuerdos Internacionales), de 1928 (y el artículo 28 del Acta General para el Arreglo Pacífico de Desacuerdos Internacionales Revisada, de 1948); artículo 33 del Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de controversias entre dos Estados. A veces se encuentra una remisión al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, en los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Otros instrumentos emplean términos diferentes: por ejemplo, el artículo 21, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional («los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados»); el artículo 20, párr. 1, del Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana que incluye —aunque amplía— la redacción empleada por la Corte Internacional de Justicia: el artículo 20, párr. 1, apdo. *c*, es idéntico al Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*. Con respecto al uso del Artículo 38, párr. 1, en la labor de la Comisión, véase el artículo 12 del proyecto de convención sobre procedimiento arbitral de 1953 (*Yearbook... 1953*, vol. II, pág. 210), y el artículo 11 del proyecto sobre procedimiento arbitral de 1958 (*Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/113, pág. 14) (ambos comenzaban estableciendo, como salvedad importante: «A falta de acuerdo entre las partes acerca del derecho aplicable»).

<sup>68</sup> Forteau, «The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment», págs. 420 y 421.

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<sup>69</sup>.

33. Resulta necesario, a los efectos del presente tema, examinar la relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y las demás fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque el presente tema no se propone abarcar también esas otras fuentes como tales.

34. La relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados es un aspecto importante del tema<sup>70</sup>, que habrá de examinarse en informes posteriores. En síntesis, la interacción entre estas dos fuentes «enredadas» del derecho internacional puede revestir enorme interés a los efectos del presente tema, ya que en general se reconoce que los tratados pueden reflejar normas del derecho internacional consuetudinario pre-existentes; generar nuevas normas y constituir prueba de su existencia; o, a través de sus procesos de negociación, surtir un efecto cristalizador en las normas incipientes del derecho internacional consuetudinario<sup>71</sup>. Tal relación resulta particularmente interesante a la luz del hecho de que «el derecho internacional consuetudinario contemporáneo, a pesar de que no está escrito, se caracteriza cada vez más por la relación estricta que guarda con los textos escritos»<sup>72</sup>. También debería tenerse presente que el derecho internacional consuetudinario tiene «existencia propia» aunque haya una norma idéntica en un tratado<sup>73</sup>.

35. A veces se sugiere que los tratados son, en la actualidad, una fuente de derecho internacional más importante que el derecho internacional consuetudinario<sup>74</sup>. Este tipo de generalizaciones no son particularmente esclarecedoras ni necesariamente exactas. Incluso en ámbitos en los que existen convenios de «codificación» ampliamente aceptados, las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no previstas en

<sup>69</sup> Véanse los párrafos 66 a 85 *infra*. Thirlway escribió que generalmente se acepta que las fuentes definidas en el Artículo 38 son válidas también respecto de otros tribunales internacionales («Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», pág. 313). En cuanto a la referencia a «las demás “normas de derecho internacional que no sean incompatibles con” la Convención» que se hace en el artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Thirlway dice que «no se ofrece ninguna otra definición, lo que equivale a aceptar lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como criterio reconocido» (*ibid.*, pág. 314, nota 9).

<sup>70</sup> Véase el memorando de la Secretaría (nota 8 *supra*), párrs. 37 a 40.

<sup>71</sup> Véase en general Schachter, «Entangled Treaty and Custom»; Jia, «The Relations between Treaties and Custom»; Boas, *Public International Law. Contemporary Principles and Perspectives*, pág. 84; Gamble, Jr., «The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview»; Wolfke, «Treaties and Custom: Aspects of Interrelation»; Scott y Carr, «Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law»; Villiger, *Customary International Law and Treaties*; y Baxter, «Treaties and Custom».

<sup>72</sup> Treves, «Customary International Law», pág. 938, párr. 2.

<sup>73</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fallo, fondo, C.I.J. Recueil 1986, págs. 94 a 96, párrs. 177 y 178; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 210.

<sup>74</sup> «En las últimas décadas, los tratados se han convertido en la fuente más importante del derecho internacional, desplazando al derecho internacional consuetudinario» (Dörr y Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, pág. 11).

los convenios<sup>75</sup> y se siguen aplicando a las relaciones con Estados que no son partes o entre estos últimos<sup>76</sup>. Las normas del derecho internacional consuetudinario también pueden llenar posibles lagunas en los tratados y ayudar a interpretarlos<sup>77</sup>. Un tribunal internacional también puede decidir que está habilitado para aplicar el derecho internacional consuetudinario cuando no es posible aplicar un determinado tratado porque excedería los límites de su competencia<sup>78</sup>.

36. La distinción entre derecho internacional consuetudinario y «principios generales del derecho»<sup>79</sup> también es importante, pero no siempre se establece con claridad en la jurisprudencia o la bibliografía<sup>80</sup>. En el Artículo 38,

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969, último párrafo del preámbulo y artículo 4 (irretroactividad). La cláusula Martens fue uno de los primeros ejemplos de que el derecho internacional consuetudinario seguía siendo importante a pesar de la existencia de los tratados (Von Bernstorff, «Martens Clause»). En el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), la expresión «los usos establecidos entre las naciones civilizadas» se sustituyó por «los usos establecidos» (art. 1, párr. 2), concepto empleado también en convenciones posteriores: la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, quinto párrafo del preámbulo; y la Convención sobre Municiones en Racimo, undécimo párrafo del preámbulo.

<sup>76</sup> Por ejemplo, la Convención de Viena de 1969 solo se aplica directamente a las relaciones entre los Estados partes en la Convención. Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de los tratados se aplican a las relaciones entre los Estados que no son partes en la Convención y a las relaciones entre un Estado que es parte y otro que no lo es», véase Vierdag, «The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention», pág. 779.

<sup>77</sup> Convención de Viena de 1969, art. 31, párr. 3, apdo. c; conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, conclusiones 17 a 20, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 197 y 198, párr. 251. Véase también Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, *Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 15 (Cambridge, Grotius, 1988), pág. 222, párr. 112; Baxter, «Treaties and Custom», pág. 103 («Los tratados seguirán ejerciendo una influencia sumamente importante en el contenido del derecho internacional general. Aun cuando todos los Estados asumieran expresamente las obligaciones de los tratados de codificación, se deberá seguir teniendo en cuenta el derecho internacional consuetudinario al interpretar esos instrumentos, y los tratados generarán a su vez nuevas normas de derecho internacional consuetudinario dimanadas de la aplicación de los convenios»).

<sup>78</sup> Como en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. *Recueil* 1986, págs. 92 a 97, párrs. 172 a 182. La Corte Internacional de Justicia llegó a la conclusión de que debía ejercer la jurisdicción que le confería la declaración de aceptación formulada por los Estados Unidos de conformidad con el Artículo 36, párr. 2, del Estatuto, para entender en la demanda de Nicaragua sobre la base del derecho internacional consuetudinario, a pesar de que estaban fuera de su competencia las controversias suscitadas en relación con la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (ibíd., pág. 97, párr. 182).

<sup>79</sup> Gaja, «General Principles of Law»; Pellet, «Article 38», págs. 832 a 841, párrs. 250 a 269.

<sup>80</sup> Con respecto a los diferentes significados de «principios generales del derecho», véase, por ejemplo, Schachter, *International Law in Theory and Practice*, págs. 50 a 55; véase también Schlütter, *Developments in Customary International Law. Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, págs. 71 a 86. Para mayor claridad en este aspecto, véase Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles»; Petersen, «Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation».

párr. 1, apdo. c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se mencionan «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» como fuente del derecho internacional separada del derecho internacional consuetudinario. En la jurisprudencia y la doctrina se considera a veces que esta norma no se refiere únicamente a los principios generales comunes a los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, sino también a los principios generales del derecho internacional. La propia Corte Internacional de Justicia puede recurrir a los principios generales del derecho internacional cuando no están presentes los criterios de aplicación del derecho internacional consuetudinario. Como ha explicado un autor:

La referencia que hace la CIJ, con relativa frecuencia, a principios que no forman parte de la legislación nacional se explica, al menos en parte, por la definición restringida de *derecho internacional consuetudinario* que figura en el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, de su Estatuto. Si la costumbre se considerara, como se establece en esa disposición, «prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho», dada la insuficiencia de la práctica, varias normas del derecho internacional que no se basan en *tratados* no encajarían en la definición de la costumbre. De ahí que se haga referencia a los principios o a los principios generales<sup>81</sup>.

Si bien puede ser difícil distinguir entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales en un plano abstracto, siempre es importante determinar, con independencia del alcance de los principios generales, cuáles son las normas que, por su propia naturaleza, tienen que basarse en la práctica efectiva de los Estados<sup>82</sup>.

37. El derecho internacional consuetudinario debe distinguirse también de la conducta de las entidades internacionales, que no genera derechos ni obligaciones jurídicas ni entraña esas consecuencias de carácter jurídico. No todos los actos internacionales tienen relevancia jurídica: los actos de cortesía y gentileza, o los usos puros y simples, aunque se lleven a cabo por tradición, quedan fuera del ámbito del derecho internacional consuetudinario y del alcance del presente tema<sup>83</sup>.

38. Es quizás innecesario, por lo menos en esta etapa, abordar la cuestión de la naturaleza de las normas que rigen la formación e identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario y preguntarse, por ejemplo, si esas mismas normas forman parte del derecho internacional consuetudinario<sup>84</sup>. Sin embargo, como en cualquier ordenamiento jurídico, debe haber normas de derecho internacional público que permitan establecer cuáles son las fuentes del derecho. A los efectos del presente tema, esas normas pueden encontrarse examinando, en particular, la forma en que los Estados y los tribunales acometen la tarea de identificar el derecho.

<sup>81</sup> Gaja, «General Principles of Law», pág. 374, párr. 18.

<sup>82</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 37.

<sup>83</sup> Tunkin, «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», pág. 422; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, págs. 23 y 24.

<sup>84</sup> Véase el debate sobre la naturaleza de algunas normas del derecho de los tratados, en particular el *pacta sunt servanda*. Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 2 y 3) hace referencia, en este sentido, a «argumentos de la doctrina» cuyo examen «nos conduce necesariamente a esferas un tanto metafísicas». Véase también Kammerhofer, «Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems», págs. 538 a 542.

## B. Terminología

39. La terminología es importante. «Derecho internacional consuetudinario» o «normas de derecho internacional consuetudinario»<sup>85</sup> parecen ser las expresiones utilizadas más comúnmente para distinguir la fuente de derecho internacional a la que se refiere el presente tema<sup>86</sup>. A veces se usa la expresión «derecho internacional consuetudinario general», normalmente para distinguirlo del derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional»<sup>87</sup>. El término «derecho internacional consuetudinario universal» puede tener un significado similar.

40. También se usa la expresión «derecho consuetudinario internacional», pero podría sugerir la existencia de una subcategoría de «derecho consuetudinario» y, por ende, de una relación confusa entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho consuetudinario que se observa en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

41. El derecho internacional consuetudinario es lo que comúnmente se llama «la costumbre internacional» o «la costumbre», pero esto también puede interpretarse

<sup>85</sup> Convención de Viena de 1969, octavo párrafo del preámbulo. El artículo 38 de la Convención de Viena habla de «norma consuetudinaria de derecho internacional». El uso de la palabra «normas» en este informe abarca también los «principios». Como dijo una Sala de la Corte Internacional de Justicia (en el contexto de la delimitación marítima), «la asociación de los términos “normas” y “principios” no es más que el uso de una expresión dual para transmitir una misma y única idea, ya que en este contexto “principios” significa claramente principios del derecho, de manera que comprende también las normas de derecho internacional, en cuyo caso puede justificarse el uso del término “principios” debido a su carácter más general y más fundamental» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, C.I.J. Recueil 1984, págs. 288 a 290, párr. 79; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 177); Gaja («General Principles of Law», pág. 376, párr. 31) escribió: «Si bien la distinción entre principios y normas no se ha examinado en detalle en decisiones judiciales o arbitrales, el uso del término principios denota la naturaleza general de la norma en cuestión».

<sup>86</sup> Un término más antiguo para hacer referencia al «derecho internacional» es «el derecho de gentes», que en modo alguno ha caído en desuso: Janis, «International Law?» y *America and the Law of Nations 1776-1939*, en esp. cap. 1 (Blackstone and Bentham: *The Law of Nations and International Law*); Clapham, *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, págs. xiii y xiv. A veces se sugiere que «derecho de gentes» es el término más apropiado en vista del mayor número de sujetos comprendidos en este ámbito, por ejemplo, en Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public...*, págs. 43 a 50. En *Commentaries on the Laws of England*, Blackstone usa la expresión «derecho de gentes» para referirse en términos amplios al ámbito que hoy se conoce con el nombre de derecho internacional, y que se extiende tanto a los tratados como al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, a veces se ha empleado el término «derecho de gentes» para hacer referencia al derecho internacional con exclusión de los tratados. Así por ejemplo, en la primera Ley del Poder Judicial de 1789, cap. 20, art. 9, 1 Stat. 73 (1789), el Congreso de los Estados Unidos aprobó una disposición relativa a la violación «del derecho de gentes o de un tratado de los Estados Unidos» (*The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. I, Boston, Little and Brown, 1848). En ese sentido, el término «derecho de gentes» es sinónimo de lo que actualmente se denomina derecho internacional consuetudinario, y no de derecho internacional en general. Como reza en la (tercera) Reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, n.º 111, Nota introductoria (1987): «El término “derecho internacional [de gentes]” se usaba para describir la conducta internacional de los Estados Unidos y, en menor medida, sus relaciones con las personas y personas jurídicas no gubernamentales» (*Restatement of the Law Third*, vol. I, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, pág. 40).

<sup>87</sup> Los términos empleados en el derecho interno de diversos Estados para hacer referencia al derecho internacional consuetudinario varían considerablemente.

de manera errónea, dependiendo del contexto<sup>88</sup>. Estos términos pueden confundirse con el elemento objetivo de la formación del derecho internacional consuetudinario (la práctica), mientras que otros términos conexos que a menudo se usan indistintamente son «el uso» y «la práctica»<sup>89</sup>.

42. Un término que se emplea comúnmente es «derecho internacional general»<sup>90</sup>, pero requiere cierta explicación<sup>91</sup>. La Corte Internacional de Justicia, y la propia Comisión, han usado este término en diversos contextos y con distintos significados<sup>92</sup>. Su uso para hacer referencia únicamente al derecho internacional consuetudinario puede ser confuso. A veces el término se emplea con un significado más amplio que el de derecho internacional consuetudinario general, por ejemplo en un sentido que abarca el derecho internacional consuetudinario y, además, los principios generales del derecho o los convenios internacionales más aceptados, o todo ello. Lo ideal sería que se aclare el sentido exacto que se quiere dar al término cuando el contexto deja dudas sobre su significado.

43. La precisión y la uniformidad de la terminología empleada tanto por los profesionales como por los académicos podría aportar mayor claridad al tratamiento del derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho. El Relator Especial propone que se empleen los términos «derecho internacional consuetudinario» y «normas de derecho internacional consuetudinario».

44. Un obstáculo para lograr la uniformidad en los términos empleados es la existencia de usos diferentes en los distintos idiomas. A medida que avance la labor sobre el tema, podría ser útil preparar un breve glosario de los términos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las

<sup>88</sup> Sin embargo, cabe recordar que el término «la costumbre internacional» aparece en el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>89</sup> Véase también Tunkin, «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», pág. 422 (que distingue los «usos» y «costumbres», por una parte, de las «normas consuetudinarias de derecho internacional», por la otra); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 2 (se refiere a la «falta notoria de uniformidad en la terminología empleada en relación con el derecho internacional consuetudinario» y exhorta a establecer una distinción entre «la costumbre internacional», por una parte, y «la “práctica”, “el hábito” o “el uso”», por la otra); y Ochoa, «The Individual and Customary International Law Formation», págs. 125 a 129.

<sup>90</sup> Véase, por ejemplo, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 (*jus cogens*).

<sup>91</sup> Buzzini, «La “généralité” du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept» y *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*; Tomuschat, «What is “general international law”?»; y Wolfrum, «General International Law (Principles, Rules, and Standards)».

<sup>92</sup> Memorando de la Secretaría (nota 8 *supra*), cap. II, secc. C. Como se señaló en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 493, apartado sobre La naturaleza y la aplicación del «derecho internacional general»: «[N]o existe un acuerdo bien definido o uniforme sobre lo que esto significa [el derecho internacional general]. El término “derecho internacional general” se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, con arreglo al apartado c del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero también puede referirse a los principios de derecho internacional propiamente dichos y a las analogías derivadas de los derechos internos, en especial los principios del procedimiento jurídico (*audiatur et altera pars, in dubio mitius, reclusión y otros*)».

Naciones Unidas. Además de la expresión «derecho internacional consuetudinario», el glosario podría incluir los términos «práctica de los Estados», «práctica», «uso» y «*opinio juris sive necessitatis*».

45. Se propone la siguiente conclusión con respecto a los términos empleados, que podrá ampliarse a medida que avance la labor sobre el tema:

## 2. Términos empleados.

A los efectos de estas conclusiones provisionales:

a) Por «derecho internacional consuetudinario» o «normas de derecho internacional consuetudinario» se entiende las normas de derecho internacional mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1, apartado b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

b) [«práctica de los Estados» o «práctica»...;]

c) [«*opinio juris*» u «*opinio juris sive necessitatis*»...;]

d) ... »

## CAPÍTULO III

### Material de consulta

46. En este capítulo se describe el material que deberá consultarse durante la labor de la Comisión sobre el presente tema, es decir, para arribar a conclusiones sobre el proceso de formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El objetivo no es proponer las conclusiones en esta etapa. Eso se hará más adelante.

47. A continuación se describe el siguiente material: el que demuestra las actitudes de los Estados y otras entidades intergubernamentales; la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales y cortes; la labor de otros órganos, como la Asociación de Derecho Internacional, y las opiniones de los publicistas, en particular sobre el enfoque general respecto de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.

#### A. Enfoque de los Estados y otras entidades intergubernamentales

48. Aparte de las causas tramitadas ante tribunales nacionales (véanse los párrafos 83 a 85 *infra*), parece haber poco material de acceso público que se refiera directamente a la actitud de los Estados frente a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Pese a ello, el enfoque de los Estados puede deducirse a veces de sus declaraciones sobre cuestiones concretas, así como de las alegaciones formuladas ante cortes y tribunales.

49. El Relator Especial continúa buscando material sobre el enfoque de los Estados. Hasta el momento ha habido una escasa respuesta a la solicitud que la Comisión formulara a los Estados en su informe de 2012, como se mencionó en el párrafo 4 *supra*<sup>93</sup>.

50. La actitud de los Estados con respecto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario puede verse en las alegaciones que formulan ante los tribunales y cortes internacionales, aunque hay que recordar que en esos casos actúan en defensa de sus intereses<sup>94</sup>. En dichas alegaciones, los Estados suelen adoptar

un enfoque compuesto de dos elementos, y fundan sus argumentos tanto en la práctica de los Estados como en la *opinio juris*, aunque a veces adoptan un criterio diferente<sup>95</sup>. Con frecuencia presentan mucha documentación sobre la práctica de los Estados.

51. Los Estados también intercambian opiniones entre ellos acerca de las normas de derecho internacional consuetudinario, a menudo de manera confidencial, y al hacerlo seguramente reflexionan también sobre la forma en que surgen y se identifican esas normas<sup>96</sup>. Esto puede ocurrir en las reuniones ordinarias de los asesores jurídicos dentro de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, en grupos más pequeños, o a nivel bilateral.

52. En las reacciones de los gobiernos a los esfuerzos de codificación (no solamente de la Comisión) pueden encontrarse indicios reveladores del enfoque de los Estados. Por ejemplo, el debate que suscitó el estudio del CICR, titulado *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (véase el párrafo 92 *infra*), esclareció de un modo inusual la actitud de algunos Estados frente al proceso de formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario, en la esfera particular del derecho de la guerra. Los Estados Unidos, en una primera respuesta oficial al estudio, formulada a nivel gubernamental, declararon que en general se convenía que el derecho internacional consuetudinario deriva de una práctica general y reiterada de los Estados, que estos siguen por estar convencidos de su obligatoriedad jurídica, u *opinio juris*, y subrayaron que la prueba de la existencia de ese derecho debía vincularse en todos los casos

<sup>93</sup> Véase, como ejemplo reciente, las alegaciones de Bélgica en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), incluida su respuesta complementaria al magistrado Greenwood. Preguntas formuladas a las partes por los miembros de la Corte Internacional de Justicia al final de la audiencia pública celebrada el 16 de marzo de 2012 (CR 2012/5).

<sup>96</sup> Véase Declaración de principios... (nota 9 *supra*), pág. 716, párr. 6, nota 8: «Gran parte de esta actividad [las medidas que toman los Estados para identificar el derecho] se lleva a cabo en condiciones de reserva y secreto oficial, por lo que no siempre es posible citar capítulos y párrafos»; Bethlehem, «The Secret Life of International Law», pág. 34 (donde se refiere a «todo un conjunto de prácticas especializadas, en su mayor parte absolutamente invisible para el mundo exterior»).

<sup>93</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 29.

<sup>94</sup> Dupuy, «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales».



a la práctica de los Estados<sup>97</sup>. A su vez, el Reino Unido dijo que, para la formación del derecho internacional consuetudinario, lo que se requería era una práctica general aceptada como derecho por los Estados y que, en general, la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario era un proceso riguroso<sup>98</sup>.

53. También puede ser muy útil conocer el enfoque de otras entidades intergubernamentales, en particular de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, para el estudio de la práctica existente en materia de formación e identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>99</sup>. Cabe mencionar dos ejemplos recientes, uno de ellos documentado en el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos, que hace referencia a «una práctica casi universal de los Estados» acompañada de la *opinio juris* como prueba de «la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de la privación arbitraria de la libertad»<sup>100</sup>; y el otro en el informe del Grupo de Investigación establecido por el Secretario General sobre el incidente con una flotilla ocurrido el 31 de mayo de 2010, en el que se afirma que «la costumbre tiene fuerza de ley y es vinculante para los Estados cuando refleja la práctica general de los Estados y el reconocimiento por los Estados de que esa práctica general se ha convertido en una norma jurídica (conocido como el requisito de la *opinio juris*)»<sup>101</sup>.

## B. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

54. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, será de gran importancia para la labor de la Comisión sobre el presente tema. La función primordial de la Corte en lo que respecta al derecho internacional consuetudinario consiste en identificar y aplicar normas consuetudinarias en la medida en que ello sea necesario para decidir las causas que le son sometidas<sup>102</sup>. Sus fallos (incluidas las opiniones disidentes y discrepantes) han sido muy esclarecedores en cuanto al enfoque general de

la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (cuando lo que «es» se convierte en lo que «debe ser»)<sup>103</sup>, y han arrojado luz incluso sobre aspectos concretos de esos procesos.

55. Si se examina la aplicación frecuente que hace la Corte Internacional de Justicia del Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, de su Estatuto, en el desempeño de su «función perfectamente normal de analizar los diversos elementos de la práctica de los Estados y las opiniones jurídicas aducidas [...] como indicadores del desarrollo de una norma de derecho consuetudinario»<sup>104</sup>, se obtiene un panorama general del enfoque de la Corte respecto de esta cuestión. Como se desprende de los fallos que se mencionan a continuación, la Corte ha sostenido clara y reiteradamente —como lo hizo su antecesora— que el derecho internacional consuetudinario se forma mediante la práctica de los Estados, acompañada de la *opinio juris*.

56. En la causa «Lotus», la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que el derecho internacional emanaba de la libre voluntad de los Estados, manifestada en convenciones o en «usos generalmente aceptados que expresan principios del derecho»<sup>105</sup>. Puso énfasis en la distinción entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, subrayando la necesidad de que ambos estuvieran presentes como fundamento de una conclusión basada en ese derecho: aunque las escasas decisiones judiciales dictadas en las causas mencionadas fueran suficientes para probar efectivamente las circunstancias ello demostraría solamente que, en la práctica, los Estados con frecuencia se abstendían de entablar acciones penales, y no que reconocían que estaban obligados a hacerlo; ya que 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<sup>106</sup>.

57. La expresión clásica de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre los procesos de formación y documentación de las normas del derecho internacional consuetudinario puede verse en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*:

74. [...] Si bien el paso durante 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 sobre la base de lo que al comienzo fue una norma puramente convencional, 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 intensa como casi uniforme en el sentido de la disposición invocada; 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. [...] 77. El punto fundamental en este aspecto —y parece necesario subrayarlo— es que aun cuando los actos realizados por Estados que no son partes en la Convención 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*, ya que para lograr ese resultado deben cumplirse dos condiciones. Los

<sup>97</sup> Bellinger y Haynes, «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», págs. 443 y 444.

<sup>98</sup> Asesor Jurídico de la Oficina de Relaciones Exteriores y del Commonwealth, declaración formulada en la Reunión de comités nacionales sobre derecho internacional humanitario de los Estados del Commonwealth, Nairobi, 20 de julio de 2005 (Kaikobad, «United Kingdom materials on international law 2005», págs. 694 y 695). Véase también las Directrices actualizadas de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario (2009/C 303/06), párr. 7, que define el derecho internacional consuetudinario como una fuente de derecho internacional que «procede de los usos y costumbres de los Estados, considerados de obligado cumplimiento» (*Diario Oficial de la Unión Europea* C 303, 15 de diciembre de 2009, pág. 13).

<sup>99</sup> Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*; y Vanhamme, «Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution».

<sup>100</sup> A/HRC/22/44, párr. 43.

<sup>101</sup> Apéndice I (Los principios del derecho internacionales aplicables), párr. 3 (septiembre de 2011).

<sup>102</sup> No es función de la Corte Internacional de Justicia desarrollar el derecho, aunque a veces puede tener que hacerlo para evitar declarar un *non liquet*. El papel de los tribunales y cortes internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión separada que se examinará en un informe posterior. Véase también Thirlway, «Unacknowledged legislators...».

<sup>103</sup> *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, C.I.J. *Recueil* 1960, pág. 82 (opinión disidente del magistrado Armand-Ugon); véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 72.

<sup>104</sup> *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), fallo, C.I.J. *Recueil* 1974, págs. 367, párr. 112 (opinión disidente conjunta de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock); véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 133.

<sup>105</sup> «Lotus» (Francia c. Turquía), fallo n.º 9, 1927, C.P.J.I. *serie A* n.º 10, pág. 18.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pág. 28.



actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida [*une pratique constante*, en el texto en francés], 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 la *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados en cuestión deben por ende creer que están ajustando su conducta a lo que constituye una obligación legal. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí solo. Hay muchos actos internacionales, por ejemplo en lo relativo a las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero solo por razones de cortesía, conveniencia o tradición, y no porque se considere que existe un deber jurídico<sup>107</sup>.

58. La Corte Internacional de Justicia reiteró esta opinión en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, en el que expresó que para poder determinar qué normas de derecho internacional consuetudinario eran aplicables, tenía que «dirigir su atención a la práctica y la *opinio juris* de los Estados»<sup>108</sup>, y que:

como ya se señaló en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, para que se forme una nueva norma consuetudinaria los actos en cuestión no solo deben «representar una práctica establecida», sino que además deben ir acompañados de la *opinio juris sive necessitatis*. 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. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de la *opinio juris sive necessitatis*»<sup>109</sup>.

59. En su fallo *Plateau continental* (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica real de los Estados como un modo de expresión, o creación, de normas consuetudinarias<sup>110</sup>. En el caso *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, una Sala de la Corte señaló que el derecho internacional consuetudinario «abarca un conjunto limitado de normas que garantizan la coexistencia y la vital cooperación entre los miembros de la comunidad internacional, así como un conjunto de normas consuetudinarias cuya presencia 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»<sup>111</sup>.

60. Al pasar al examen del derecho internacional consuetudinario en su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Corte Internacional de Justicia comenzó diciendo que, como ya lo había expresado, «el fondo del derecho internacional consuetudinario

“debía buscarse [...] en la práctica real y la *opinio juris* de los Estados” (*Plateau continental* (Jamahiriyá Árabe Libia/Malta), fallo, *C.I.J. Recueil 1985*, pág. 29, párr. 27)<sup>112</sup>. Más adelante, en la misma opinión, la Corte señaló la existencia de «normas consuetudinarias que habían surgido de la práctica de los Estados»<sup>113</sup>.

61. El pronunciamiento extenso más reciente de la Corte Internacional de Justicia sobre su enfoque básico de la cuestión se emitió en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, en el que dijo:

De lo anterior se infiere que la Corte debe determinar, conforme a lo dispuesto en el Artículo 38, párr. 1, apdo. b, de su Estatuto, la existencia de “una costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” [...]. Para ello, debe aplicar los criterios que ha establecido reiteradamente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. En particular, como lo indicó claramente la Corte en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario exige la presencia de una “práctica establecida”, acompañada de la *opinio juris* [...]. Además, como también ha observado la Corte,

«[e]s ciertamente axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe buscarse en primer lugar en la práctica efectiva y la *opinio juris* de los Estados, aunque los convenios multilaterales puedan desempeñar un papel importante en lo que respecta a registrar y definir las normas derivadas de la costumbre, o incluso en el desarrollo de esas normas». (*Plateau continental* (Jamahiriyá Árabe Libia/Malta), fallo, *C.I.J. Recueil 1985*, págs. 29 y 30, párr. 27)<sup>114</sup>.

62. A riesgo de simplificar en exceso, puede decirse que en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se aplican dos enfoques principales para identificar normas concretas del derecho internacional consuetudinario. En algunos casos la Corte concluye que existe (o no existe) una norma de derecho internacional consuetudinario, sin realizar un análisis detallado<sup>115</sup>. Ello puede deberse a que la cuestión se considera obvia (por ejemplo, porque se basa en una decisión anterior de la Corte<sup>116</sup> o en lo que la Corte considera normas jurídicas incuestionadas). Pueden verse algunos ejemplos de este enfoque en el fallo de la Corte

<sup>112</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 253, párr. 64; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pág. 256, párr. 75.

<sup>114</sup> *Alemania c. Italia; Grecia, interviniente*, fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 122, párr. 55.

<sup>115</sup> Meron describe este enfoque como «un enfoque más flexible del derecho internacional consuetudinario» en comparación con el «enfoque tradicional», que hacía un examen detallado de la prueba (*The Making of International Criminal Justice...*, pág. 31).

<sup>116</sup> Véase, por ejemplo, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 245, párr. 41; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslavaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 38, párr. 46; Meron, *The Making of International Criminal Justice...*, pág. 31 («la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales se están basando cada vez más en la jurisprudencia, en lugar de embarcarse una y otra vez en un análisis detallado del carácter consuetudinario de los mismos principios en cada una de las causas»); Boas, *Public International Law*, págs. 84 a 86 y 91 a 93. Cabe preguntarse (interrogante que podría plantearse incluso la Comisión en el contexto del presente tema) hasta qué punto el hecho de que un tribunal haya establecido, en un determinado momento (en algunos casos varias décadas antes), la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, significa que ese tribunal u otros tribunales pueden simplemente basarse en esa conclusión en el futuro; véase también la nota 40 *supra*. Con respecto a la opinión de que «[s]e produce una violación indirecta de la costumbre cuando un tribunal internacional invoca y aplica el derecho internacional consuetudinario en la forma establecida en una decisión anterior de otro tribunal, sin analizar los fundamentos de esa decisión», véase Chigara, «The International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law», pág. 451.

<sup>107</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (Alemania c. Italia; Grecia, interviniente), fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, págs. 43 y 44, párrs. 74 y 77, respectivamente. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 100.

<sup>108</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fallo, fondo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 97, párr. 183.

<sup>109</sup> *Ibid.*, págs. 108 y 109, párr. 207.

<sup>110</sup> *C.I.J. Recueil 1982*, pág. 46, párr. 43.

<sup>111</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, págs. 246 y 299, párr. 111; en su jurisprudencia más reciente, la Corte Internacional de Justicia no se ha referido a estas categorías tan discernibles del derecho internacional consuetudinario. Treves («Customary International Law», pág. 941, párr. 19) ha sugerido que, al hacer esta declaración, «[l]a Corte parecería estar distinguiendo las normas ordinarias del derecho consuetudinario, de una categoría de normas de ese derecho respecto de las cuales no sería necesario buscar los elementos objetivos y subjetivos».

de 19 de noviembre de 2012, *Différend territorial et maritime*<sup>117</sup>. En otros casos, la Corte realiza un análisis detallado de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* a fin de determinar la existencia —o la ausencia— de una norma de derecho internacional consuetudinario. Este enfoque quedó de manifiesto en el fallo dictado por la Corte el 3 de febrero de 2012, en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*<sup>118</sup>. Los casos mencionados en último término resultan particularmente útiles para mostrar el enfoque que aplica la Corte con respecto a la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario<sup>119</sup>.

63. Hay un número considerable de casos en los que la Corte Internacional de Justicia ha abordado aspectos concretos del proceso de formación e identificación de normas del derecho internacional consuetudinario, refiriéndose a muchas de las cuestiones que se plantean en relación con el presente tema; entre ellas cabe destacar la naturaleza de los elementos «práctica de los Estados» y «*opinio juris*», y la relación entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Si bien esos casos no proporcionan una respuesta completa, ofrecen una orientación valiosa. La jurisprudencia se examinará en detalle en informes posteriores, cuando se aborden aspectos concretos del tema.

64. En la doctrina se reconoce ampliamente que la Corte Internacional de Justicia, en su jurisprudencia, ha realzado el papel del derecho internacional consuetudinario

<sup>117</sup> Nicaragua c. Colombia, C.I.J. Recueil 2012, pág. 645, párr. 37 («El argumento de Nicaragua de que QS 32 no puede considerarse una isla conforme a la definición establecida en el derecho internacional consuetudinario, porque está compuesta de desechos de coral, carece de fundamento. [...] El hecho de que QS 32 sea muy pequeña es indiferente, ya que el derecho internacional no exige que una formación tenga unas dimensiones mínimas para considerarla una isla»); pág. 666, párr. 118 («La Corte considera que la definición de plataforma continental que figura en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) forma parte del derecho internacional consuetudinario»); pág. 673, párr. 138 («Las Partes concuerdan [...] en que varias de las disposiciones más importantes de la CNUDM reflejan el derecho internacional consuetudinario. Conviene, en particular, en que las disposiciones de los artículos 74 y 83, sobre delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, y el artículo 121, sobre el régimen de las islas, deben considerarse declarativas del derecho internacional consuetudinario»); pág. 674, párr. 139 («La Corte considera por lo tanto que el régimen jurídico de las islas establecido en el artículo 121 de la CNUDM constituye un régimen indivisible, que forma parte en su totalidad (como lo reconocen Colombia y Nicaragua) del derecho internacional consuetudinario»); pág. 690, párr. 177 («el derecho internacional establece actualmente la anchura del mar territorial, que todo Estado ribereño tiene derecho a fijar en 12 millas marinas. El artículo 3 de la CNUDM refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario en este punto»); pág. 693, párr. 182 («La Corte ha sostenido que esta disposición [el artículo 13 de la CNUDM – Elevaciones en bajamar] refleja el derecho internacional consuetudinario (*Delimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahrein), fallo, C.I.J. Recueil 2001, pág. 100, párr. 201»).

<sup>118</sup> C.I.J. Recueil 2012, pág. 99.

<sup>119</sup> Véase también el uso que se hace de la jurisprudencia para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, la referencia que hizo recientemente la Corte Internacional de Justicia al «derecho internacional consuetudinario reflejado en la jurisprudencia de esta Corte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y los tribunales y cortes arbitrales internacionales» (*Différend territorial et maritime*, fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 666, párr. 114 (véase también la nota 117 *supra*). Un autor ha sugerido que existe además otro método utilizado por la Corte para declarar la existencia del derecho internacional consuetudinario: el reconocimiento implícito mediante el cual la Corte considera consuetudinaria una práctica de los Estados o una disposición de un tratado pero sin pronunciarse expresamente sobre su carácter (véase Álvarez-Jiménez, «Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009», págs. 698 a 703).

y ha aclarado algunos de sus aspectos<sup>120</sup>. Al mismo tiempo, algunos comentaristas han sugerido que, hasta el momento, la Corte ha proporcionado solamente una orientación limitada en cuanto al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario y la manera de determinar su existencia, mostrando «una marcada tendencia a afirmar la existencia de una norma consuetudinaria, más que a demostrarla»<sup>121</sup>, y en definitiva aplicando un criterio bastante flexible<sup>122</sup>. Se ha observado

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 80; Cassese, «General Round-Up», pág. 166.

<sup>121</sup> Pellet, «Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making», pág. 1076 (donde se hace referencia a una «alquimia misteriosa y empírica que lleva a la Corte a “descubrir” una norma antes de aplicarla en un caso concreto»). Véase también Charney, «Universal International Law», págs. 537 y 538; Kelly, «The Twilight of Customary International Law», pág. 469; Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 853; Treves, «Customary International Law», pág. 942, párr. 21; Geiger, «Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal», pág. 692; Bishop, «Cours général de droit international public», pág. 220; D'Amato, «Trashing Customary International Law», pág. 101; Scott y Carr, «The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy», pág. 353; Meron, *The Making of International Criminal Justice...*, pág. 30; Ferrer Lloret, «La insostenible levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado»; Hagemann, «Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes».

<sup>122</sup> Jiménez de Aréchaga, «Custom», págs. 2 y 3 («Personalmente creo que la contribución más importante que ha hecho la Corte al desarrollo progresivo del derecho internacional radica [...] en la flexibilidad de las concepciones jurisprudenciales que ha adoptado sobre este tema de las fuentes, particularmente con respecto al derecho internacional consuetudinario»); Benvenisti, «Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency», pág. 98 (donde sugiere que los magistrados de la Corte, «como los oráculos de la mística “costumbre”, inventan a veces el derecho internacional consuetudinario cuando «esos saltos producen normas más eficientes»); Orrego Vicuña, «Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», («la Corte Internacional de Justicia no ha aplicado siempre el mismo enfoque en lo que respecta al derecho consuetudinario» (pág. 25). «En épocas más recientes [...] parecería que, lejos de adherirse a una determinada teoría, la Corte ha encontrado una norma consuetudinaria cada vez que ha estimado necesario o conveniente identificar esa norma o ir más allá de las normas establecidas en los tratados» (pág. 26)); MacGibbon, «Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity», pág. 21 («Es difícil evitar tener la impresión de que [...] la Corte, en la esfera de la costumbre internacional, ha estado pintando con un pincel bastante ancho y liberal»); Geiger, «Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal», pág. 674 («las normas que la Corte ha proclamado abiertamente para establecer normas consuetudinarias concretas difieren bastante del proceder efectivo de la Corte»); Baker, «Customary International Law in the 21<sup>st</sup> Century...», págs. 178 y 179 (donde dice que fue la Corte la que, a fines de los años sesenta y principios de los setenta, «en una serie de opiniones novedosas, incluso revolucionarias» estableció el fundamento doctrinal de «un replanteo de las fuentes tradicionales del derecho internacional consuetudinario: la práctica de los Estados y la *opinio juris*»); Müllerson, «On the Nature and Scope of Customary International Law», pág. 353 (donde observa que es la pretensión normativa que a menudo se encuentra detrás de la decisión de la Corte de reconocer el derecho internacional consuetudinario); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?», pág. 16 («La CIJ ha empleado la noción de derecho internacional consuetudinario de una manera sumamente flexible. Ha desdibujado la distinción entre práctica de los Estados y *opinio juris*»); Kirgis, Jr., «Custom on a Sliding Scale» (donde sugiere que la importancia de la norma o del tema reviste interés para la Corte cuando busca normas consuetudinarias; cuando tiene un efecto desestabilizador, o es moralmente desagradable, se proclama en efecto la existencia de una costumbre que la restringe); Schlütter, *Developments in Customary International Law*, pág. 168 («la jurisprudencia de la CIJ en lo que atañe a la costumbre no es siempre uniforme y no siempre parece adherirse a un concepto general, como proponen las diferentes

además que la Corte no ha aplicado siempre un criterio uniforme en la terminología empleada en relación con el derecho internacional consuetudinario, o al distinguir este último de los principios generales del derecho<sup>123</sup>.

65. El Presidente de la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a la cuestión del enfoque de la Corte respecto del derecho internacional consuetudinario, explicó recientemente:

Los autores están en lo correcto cuando señalan que en la práctica moderna de la Corte son frecuentes las afirmaciones generales sobre la existencia de normas, pero llevan el asunto demasiado lejos cuando insisten en teorizar sobre este hecho. En realidad, la Corte nunca ha abandonado su opinión, firmemente arraigada en la letra del Estatuto, de que el derecho internacional consuetudinario es «una práctica generalmente aceptada como derecho», es decir, al tenor de lo expresado en una causa reciente, que «la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario exige que haya una “práctica establecida”, acompañada de la *opinio juris*». Sin embargo, en la práctica, la Corte nunca ha considerado necesario realizar una investigación respecto de cada norma invocada como consuetudinaria en un caso en particular, sino que ha recurrido a la mejor y más conveniente prueba disponible para determinar si existe o no una norma consuetudinaria de esa índole. Esto a veces exige realizar un examen directo de los elementos materiales de la costumbre por sí solos, pero normalmente basta con leer las opiniones ponderadas expresadas por los Estados, y por órganos como la Comisión de Derecho Internacional, sobre la existencia y el contenido de una norma de derecho consuetudinario, o al menos con aplicar normas que están claramente formuladas por escrito, como marco de referencia y guía para un estudio de los elementos materiales de la costumbre<sup>124</sup>.

### C. Jurisprudencia de otros tribunales y cortes internacionales

#### 1. OTROS TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES

66. Entre los tribunales y las cortes internacionales cuya jurisprudencia podría resultar valiosa respecto del tema que nos ocupa cabe mencionar el TIDM, los tribunales penales internacionales e internacionalizados, los órganos de solución de controversias de la OMC, los tribunales arbitrales interestatales y otros tribunales especiales. En informes futuros se hará referencia a la jurisprudencia del caso, cuando se aborden aspectos particulares de la formación y prueba del derecho internacional consuetudinario. Por el momento, se brindan algunos ejemplos para ilustrar los distintos tipos de tribunales y cortes, el criterio general que han adoptado y la gran cantidad de

material que se puede encontrar en la jurisprudencia<sup>125</sup>. Cabe destacar lo siguiente: cualquiera sea el contexto en que operan esos tribunales y cortes, la tendencia general es apoyarse sustancialmente en los criterios y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en particular la función constitutiva que se atribuye a los dos elementos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*.

67. El TIDM que, aparte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, puede aplicar «las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella»<sup>126</sup>, ha recurrido al derecho consuetudinario en muy pocas ocasiones. Para determinar si una norma ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario, esencialmente el Tribunal se ha basado en los fallos de la Corte Internacional de Justicia<sup>127</sup>. También ha hecho referencia a las conclusiones de otros tribunales y cortes internacionales<sup>128</sup> y a la labor de la Comisión<sup>129</sup>. En una causa, el Tribunal se basó en «un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos» para determinar que se «había iniciado [...] una tendencia en pro de hacer del criterio [de precaución] parte del derecho internacional»<sup>130</sup>. El Tribunal también señaló la importancia de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia en la tentativa por demostrar la existencia de una «norma general» aplicable o la interpretación de un concepto jurídico o de una norma de derecho<sup>131</sup>.

68. Los tribunales penales internacionales especiales (para la ex-Yugoslavia y para Rwanda) a menudo han recurrido al derecho consuetudinario para establecer su jurisdicción<sup>132</sup>. Para ello han sostenido, como se muestra más abajo, que la formulación de una norma de derecho internacional

<sup>125</sup> Las causas se citan por la luz que aportan respecto de la formación y prueba del derecho consuetudinario y no deben considerarse que se ofrecen para respaldar ningún pronunciamiento de fondo en particular.

<sup>126</sup> Art. 293, párr. 1. El Tribunal también concluyó que en varios artículos de la Convención se hace referencia implícita a normas de derecho consuetudinario; véase, por ejemplo, TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, fallo, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 2012*, vol. 12, párr. 183.

<sup>127</sup> TIDM, *Navire «SAIGA» (No. 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo, *ibíd.*, 1999, vol. 3, párrs. 133 y 134; *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, opinión consultiva, Sala de Controversias de los Fondos Marinos, 1 de febrero de 2011, *ibíd.*, 2011, párrs. 57, 147 y 148, 169 y 178.

<sup>128</sup> *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, opinión consultiva, *ibíd.*, 2011, párrs. 57 (en referencia al Tribunal Arbitral para la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau y el Órgano de Apelación de la OMC), 178 (en referencia al Tribunal Arbitral del *Rainbow Warrior*) y 194 (en referencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional).

<sup>129</sup> *Ibid.*, párrs. 169, 178, 182, 194 y 210; TIDM, *Navire «SAIGA» (No. 2)*, *ibíd.*, 1999, vol. 3, párr. 171.

<sup>130</sup> TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, opinión consultiva, *ibíd.*, 2011, párr. 135.

<sup>131</sup> Véase TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, fallo, *ibíd.*, 2012, vol. 12, párrs. 147 y 150; *Navire «SAIGA» (No. 2)*, fallo, *ibíd.*, 1999, vol. 3, párr. 57.

<sup>132</sup> Respecto del derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho en procedimientos penales internacionales en general, véase, por ejemplo, Akande, «Sources of International Criminal Law», págs. 49 a 51; y Cryer y otros, *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, pág. 11. Al examinar la jurisprudencia de los tribunales y las cortes internacionales, tanto de la Corte Penal Internacional como

(Continuación de la nota 122.)

teorías del derecho internacional consuetudinario [...] la Corte no aplica un único enfoque con respecto a la formación del derecho internacional consuetudinario»).

<sup>123</sup> Véase, por ejemplo, Wolfke, *Custom in Present International Law*, págs. xv a xvii y 8; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, pág. 393; Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court», pág. 812; Mendelson, «The International Court of Justice and the sources of international law», pág. 64 (donde dice que la Corte «con bastante frecuencia, omite especificar qué fuente está aplicando [...] [a menos que la norma en cuestión derive su validez directamente de un tratado], a menudo la Corte se limita a aseverar que tal o cual cosa es una “norma [o principio] bien reconocido de derecho internacional” o emplea alguna otra frase ambigua, sin aclarar si la norma se deriva de la costumbre, de “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, de alguna otra fuente, o de una combinación de fuentes»); Bodansky, «Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms», pág. 122 («hasta la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cuyo Estatuto distingue los principios generales de la costumbre, no siempre hace esa distinción en sus decisiones»).

<sup>124</sup> Tomka, «Custom and the International Court of Justice», págs. 197 y 198.

consuetudinario exige tanto la práctica de los Estados como la *opinio juris*, y que para identificar una norma de ese tipo generalmente es necesario investigar los dos elementos. Se consideró que ese criterio estaba exigido por la obligación de los tribunales de atender debidamente al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), que establece que «el derecho internacional consuetudinario puede constituir un fundamento sólido para la condena, pero únicamente si se presta una atención genuina para determinar que el principio jurídico está firmemente establecido como costumbre al momento de la comisión del delito, a fin de que el autor pueda haber identificado la norma que se espera debe obedecer»<sup>133</sup>. Sin embargo, hay quienes han sugerido que «el derecho internacional consuetudinario en el contexto del derecho penal internacional tiene un significado algo distinto al del derecho internacional consuetudinario en el contexto del derecho internacional tradicional»<sup>134</sup>, y que a menudo la jurisprudencia de los tribunales se desvía «de una costumbre más bien orientada a la práctica hacia una interpretación específicamente *humanitaria* del proceso consuetudinario»<sup>135</sup>. Por el contrario, hay quienes sugieren que «[e]l argumento de que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha creado una nueva forma de costumbre, según la cual la práctica de los Estados y la *opinio juris* ya no son indispensables para la formación de la costumbre, es completamente erróneo»<sup>136</sup>.

69. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se ha valido frecuentemente del derecho internacional consuetudinario para determinar el derecho internacional relativo a los crímenes y procedimientos que tiene ante sí. En tales casos, ha indicado en varias ocasiones que se debe establecer tanto la práctica de los Estados como la *opinio juris* a fin de determinar que un principio jurídico en particular goza de la condición de norma de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la causa *Hadžihasanović*, la Sala de Apelaciones señaló que «para concluir que el principio es parte del derecho internacional consuetudinario, se debe satisfacer que la práctica de los Estados reconoce dicho principio con fundamento en la *opinio juris* concurrente»<sup>137</sup>; similarmente, en la causa *Delalić*, la Sala de Primera Instancia se remitió expresamente a la «prueba de la existencia de dicho derecho consuetudinario: la práctica de los Estados y la *opinio juris*»<sup>138</sup>. En consecuencia, por ejemplo, en la causa *Alek-*

*sovski*, la Sala de Apelaciones sostuvo que sin «prueba de la práctica de los Estados que indique el desarrollo en el derecho internacional consuetudinario» de la exigencia de que las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra requiere la demostración de una intención discriminatoria, no se puede determinar la existencia de dicha norma<sup>139</sup>. En la causa *Tadić*, la Sala de Apelaciones hizo referencia a una «cuidadosa búsqueda de la práctica pertinente» para determinar que «el derecho internacional consuetudinario no exige intención discriminatoria respecto de todos los crímenes de lesa humanidad»<sup>140</sup>.

70. Sin embargo, en algunas ocasiones las Salas del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia han mostrado su disposición a reconocer que ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario aun cuando los dos elementos (en particular la práctica de los Estados) no están firmemente establecidos. En la causa *Kupreškić*, la Sala de Primera instancia afirmó explícitamente que

los principios del 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»<sup>141</sup>.

En otras causas, las Salas no siempre realizaron un análisis amplio de la práctica de los Estados y la *opinio juris* (ni tampoco establecieron una diferencia entre ambas)<sup>142</sup>, o simplemente citaron decisiones anteriores del Tribunal<sup>143</sup>.

una norma nueva [...] será necesario examinar la evolución del derecho internacional consuetudinario respecto de ese tema y, por supuesto, la investigación deberá hacerse de conformidad con los principios que rigen dicha evolución»; en ese contexto, Shahabuddeen se refirió a «un examen comparativo ideado para demostrar si ha nacido una nueva norma consuetudinaria con fundamento en la concordancia general de la práctica de los Estados», y más tarde indicó que el examen debe ser «sistemático» (causa IT-95-17/1-A, 21 de julio de 2000, *ibíd.*, 2000, vol. 2, págs. 2129 y 2130, párrs. 257, 258 y 262). También se puede mencionar el ejemplo de la opinión separada de los magistrados MacDonald y Vohrah en la causa *Erdemović*: «Para que una norma pase a ser de derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia ha vuelto a decidir con autoridad [...] que debe existir una práctica de los Estados amplia y uniforme, con el respaldo de una *opinio juris sive necessitatis*» (causa IT-96-22-A), fallo de la Sala de Apelaciones, 7 de octubre de 1997, *ibíd.*, 1997, vol. 2, pág. 1700, párr. 49).

<sup>139</sup> Causa IT-95-14/1-A, fallo, 24 de marzo de 2000, *ibíd.*, 2000, vol. 1, pág. 1144, párr. 23.

<sup>140</sup> Causa IT-94-1-A, fallo, 15 de Julio de 1999, párr. 288, véanse asimismo los párrafos 287 y 289 a 292. Véase también *Naletilić y Martinović*, causa IT-98-34-A, fallo, 3 de mayo de 2006, opinión separada y parcialmente en disidencia del magistrado Schomburg, párr. 15; *Kordić y Čerkez*, causa IT-95-14/2-A, fallo, 17 de diciembre de 2004, párr. 66; *Kunarac*, causas IT-96-23 & IT-96-23/1-A, fallo, 12 de junio de 2002, párr. 98 (nota 114); *Galić*, causa IT-98-29-A, fallo, 30 de noviembre de 2006, párrs. 86 a 98, y la opinión separada y parcialmente en disidencia del magistrado Schomburg, párrs. 7 a 21.

<sup>141</sup> Causa IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, *Recueils judiciaires* 2000, vol. 2, págs. 1740 y 1742, párr. 527. Véase también Zahar, «Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY».

<sup>142</sup> Véase, por ejemplo, *Tadić* (nota 140 *supra*), en párrs. 109 (nota 129) y 303; *Delalić* (nota 138 *supra*), párrs. 452 a 454; *Kordić y Čerkez* (nota 140 *supra*), párrs. 52 a 54; véase también *Galić* (nota 140 *supra*), opinión separada del magistrado Shahabuddeen, párr. 5.

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, *Naletilić y Martinović*, causa IT-98-34-T, fallo, 31 de marzo de 2003, párrs. 228, 250 y 336; *Blaškić*, causa IT-95-14-A, fallo, 29 de Julio de 2004, párrs. 145 a 148, y 157; *Kunarac*, causas IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, párrs. 466 a 486.

los tribunales especiales, debe tenerse presente que rara vez los Estados participan directamente en condición de parte.

<sup>133</sup> Meron, «Revival of Customary Humanitarian Law», pág. 821.

<sup>134</sup> Schabas, «Customary Law or “Judge-Made” Law...», pág. 101; véase también Baker, «Customary International Law in the 21<sup>st</sup> Century...», págs. 175 y 184 a 186; Van den Herik, «Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity»; Stahn y van den Herik, «“Fragmentation”, Diversification and “3D” Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?», pág. 63; Van Schaack, «*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals», pág. 165; y Bantekas, «Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law».

<sup>135</sup> Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, pág. 18.

<sup>136</sup> Boas, *Public International Law...*, pág. 90.

<sup>137</sup> Causa IT-01-47-AR72, Decisión en la apelación interlocutoria en que se impugnaba la competencia respecto de la responsabilidad de mando, 16 de julio de 2003, párr. 12.

<sup>138</sup> Causa *Delalić*, *Recueils judiciaires* 1998, vol. 2, pág. 1181, párr. 302. Véase también la declaración del magistrado Shahabuddeen en el fallo de la Sala de Apelaciones en la causa *Furundžija*, en donde se dijo que «si la cuestión es si en el derecho consuetudinario ha surgido

71. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda también ha recurrido al derecho internacional consuetudinario en varias ocasiones, de lo que aparentemente resulta que tanto el Tribunal como las partes que litigan ante él han reconocido que, en las palabras de la Sala de Apelaciones en *Rwamakuba*, «[l]as normas de derecho internacional consuetudinario se caracterizan por los dos componentes familiares de la práctica de los Estados y la *opinio juris*»<sup>144</sup>. En otra referencia explícita, el magistrado Shahabuddeen sugirió que, al hacer referencia al concepto de coautoría en su opinión separada en *Gacumbitsi* (Sala de Apelaciones), «[c]omo varios Estados se adhieren a una de las teorías mientras que otros se adhieren a la otra, es posible que la práctica del Estado requerido y la *opinio juris* necesarias no existan de modo que alguna de ellas sea parte del derecho internacional consuetudinario»<sup>145</sup>. El magistrado Meron, en su opinión parcialmente en disidencia en *Nahimana* (Sala de Apelaciones), sugirió que «[c]uando entre los Estados no se ha cristalizado el consenso, es claro que no existe una norma de derecho internacional consuetudinario»<sup>146</sup>. Al hacer referencia a las pruebas para determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario, en general el Tribunal no ha especificado si dicho material era prueba de la práctica de los Estados o de la *opinio juris* (o ambas)<sup>147</sup>.

72. En algunos casos, al decidir si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha evitado hacer un análisis amplio y, en cambio, se ha basado en las investigaciones y los pronunciamientos de otras instituciones judiciales. Por ejemplo, en la causa *Nahimana*, la Sala de Apelaciones simplemente se remitió a una declaración explicativa del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión<sup>148</sup> para determinar que la posición según la cual la instigación directa y pública a cometer genocidio solamente es sancionable si el acto ocurre en los hechos «no es un

reflejo del derecho internacional consuetudinario sobre el tema»<sup>149</sup> y, en la causa *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que «[l]a Convención contra el Genocidio [Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] es indudablemente considerada parte del derecho internacional consuetudinario, como se puede observar en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, y como recordó el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe sobre la creación del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia»<sup>150</sup>.

73. Pasando a los tribunales internacionalizados, el Tribunal Especial para Sierra Leona, en la causa *Norman* estableció que «[l]a formación de la costumbre exige tanto la práctica de los Estados como una sensación de obligación preexistente (*opinio juris*). Una sensación articulada de obligación, si no se aplica, no es más que retórica. Por el contrario, la práctica de los Estados sin *opinio juris* es solamente hábito»<sup>151</sup>. Para decir que la prohibición del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas se había cristalizado en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal se remitió al número de Estados con legislación que prohíbe el reclutamiento de niños («casi todos los Estados (desde hace mucho tiempo)»); y manifestó que, del importante número de Estados que son partes en los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (185) o que ratificaron el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (133)<sup>152</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño («casi todos los Estados, excepto seis»), se desprende que las disposiciones de esos instrumentos son aceptadas ampliamente como derecho internacional consuetudinario (para esta

<sup>144</sup> Causa ICTR-98-44-AR72.4, decisión respecto de la apelación interlocutoria relativa a la aplicación de la empresa criminal conjunta al crimen de genocidio, 22 de octubre de 2004, párr. 14.

<sup>145</sup> Causa ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006, opinión separada del magistrado Shahabuddeen, párr. 51.

<sup>146</sup> Causa ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, opinión parcialmente en disidencia del magistrado Meron, párrs. 5 a 8. Al hacer referencia a que el «número y cantidad de las reservas [a las disposiciones pertinentes en que se había basado la Sala] revela que en la comunidad internacional persiste un desacuerdo profundo sobre si se debe prohibir o no la expresión del odio» (párr. 5), el magistrado Meron concluyó que en dichas disposiciones no se reflejaba ningún «principio arraigado» (ibíd.) y encontró apoyo a esa posición en la historia de la redacción de la Convención contra el Genocidio, así como en el fallo de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kordić*.

<sup>147</sup> Véase, por ejemplo, *Bikindi*, causa ICTR-01-72-T, 2 de diciembre de 2008, párr. 379; *Ntakirutimana and Ntakirutimana*, causas ICTR-96-10-A e ICTR-96-17-A, 13 de diciembre de 2004, párrs. 518 y 519; *Rwamakuba* (nota 144), párr. 14. Otro ejemplo de esa naturaleza se puede encontrar en *Nahimana y otros* (Sala de Primera Instancia), en donde la Sala hizo referencia a «principios bien establecidos del derecho internacional e interno, a la jurisprudencia de la causa *Streicher* en 1946 y a muchas causas de los tribunales europeos y nacionales a partir de entonces» a fin de determinar que «las expresiones de odio que entrañan discriminación étnica o de otro tipo infringen la norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe la discriminación» (causa ICTR-99-52-T, 3 de diciembre de 2003, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2003*, vol. I, pág. 1114, párr. 1076). Véase también Schabas, «Customary Law or “Judge-Made” Law...», págs. 84 y 85.

<sup>148</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50.

<sup>149</sup> *Nahimana*, causa ICTR-99-52-A (nota 147 *supra*), párr. 678, nota 1614; véase también la opinión parcialmente en disidencia del magistrado Shahabuddeen en esa causa, en que hizo referencia a la definición del delito de persecución en el fallo del Tribunal Militar de los Estados Unidos, al mencionar que: «Ello sucedió inmediatamente después de terminada la Segunda Guerra Mundial. Así que, de la manera usual, se puede aceptar que dicha causa es un reflejo del derecho internacional consuetudinario» (párr. 13).

<sup>150</sup> Causa ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2003*, pág. 297, párr. 495; véase también la causa *Kajelijeli*, en donde se citó el fallo en la causa *Tadić* para un «examen de la práctica internacional respecto del tema» de la situación en el derecho internacional consuetudinario de la propuesta de que el estándar aplicable al ataque debe ser «amplio y sistemático» (causa ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003, ibíd., 2003, vol. I, pág. 2120, párr. 869 y nota 1076); y las palabras del magistrado Güney en su opinión parcialmente en disidencia en *Gacumbitsi* (nota 145 *supra*), párr. 6: «Me preocupa que en la presente causa la mayoría no debata en absoluto la manera en que esas formas de comisión del delito se reconocen en el derecho internacional. De hecho, no se aporta ningún análisis del derecho internacional consuetudinario que demuestre que la “comisión” va más allá de la perpetración física del crimen o la participación en una empresa criminal conjunta». Véase también el fallo *Kayishema et Ruzindana* (causa ICTR-95-1-A), 1 de junio de 2001, ibíd., 2001, vol. II, pág. 2171, párr. 51, en donde la Sala de Apelaciones recordó «que el principio del derecho a un juicio justo es parte del derecho internacional consuetudinario» y se remitió a la manera en que dicho principio se había encarnado «en varios instrumentos internacionales, entre ellos el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra», y citó el fallo de la apelación en la causa *Celebeci*.

<sup>151</sup> SCSL-2004-14-AR72(E) (31 de mayo de 2004), párr. 17; citado en Swaine, «Rational Custom», págs. 567 y 568.

<sup>152</sup> Causa *Norman* (nota 151 *supra*), párr. 18.

última, «casi al momento de su entrada en vigor»<sup>153</sup>. El Tribunal consideró que «al examinar la formación del derecho internacional consuetudinario, “el número de Estados que participan de una práctica en particular es un criterio más importante [...] que la duración de la práctica”»<sup>154</sup>. Añadió además que «[e]l derecho consuetudinario, como su nombre indica, deriva de la costumbre. El desarrollo de la costumbre lleva tiempo»<sup>155</sup>.

74. En *Fofana and Kondewa*<sup>156</sup>, al decidir que la prohibición del saqueo, según se refleja en el derecho internacional consuetudinario, no incluye la prohibición contra la destrucción injustificada por una necesidad militar, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona se remitió al fallo *Plateau continental de la mer du Nord* de la Corte Internacional de Justicia, en que se determinó que la práctica de los Estados debe ser «tanto amplia como virtualmente uniforme» y ser una expresión de la *opinio juris*<sup>157</sup>. A continuación realizó un análisis de los distintos materiales, aunque no aclaró cuáles de los materiales mencionados por el Tribunal eran considerados «práctica de los Estados». Al manifestar inicialmente que la prohibición contra el saqueo y la destrucción injustificada por necesidad militar existe tanto «en el derecho internacional consuetudinario aplicable al conflicto armado no internacional al momento pertinente para la causa», el Tribunal citó en su apoyo la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Hadžihasanović et Kubura*<sup>158</sup>.

75. En una decisión de 2010 en que se examinó la situación de la empresa delictiva conjunta con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la Sala de Cuestiones Preliminares de las salas especiales en los tribunales de Camboya se remitió primero al Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a los casos *Pêcherries*<sup>159</sup> y *Plateau continental de la mer du Nord*, y a continuación dijo que

[l]a Sala de Cuestiones Preliminares recuerda que, al determinar la situación del derecho internacional consuetudinario respecto de la existencia de un delito o una forma de responsabilidad individual, deberá evaluar la existencia de una práctica de los Estados «común, uniforme y concordante», o de una *opinio juris*, en el sentido de que lo que los Estados hacen y dicen es una manifestación del derecho. Una gran cantidad de práctica de los Estados normalmente no entraña la presunción de existencia de la *opinio juris*: «No solo los actos examinados deben

considerarse una práctica aceptada, sino que también cada uno de ellos se debe realizar de manera tal de que demuestre la creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria por la existencia de una norma jurídica que así lo exige»<sup>160</sup>.

A continuación, la Sala se basó en instrumentos internacionales, causas internacionales y «pronunciamientos autorizados» para determinar que ciertas formas de empresa delictiva conjunta son una forma reconocida de responsabilidad en el derecho internacional consuetudinario al momento pertinente para la causa 002. En cuanto a la empresa criminal conjunta III, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que «no hay pruebas suficientes de práctica de los Estados u *opinio juris* uniformes [para concluir que estaba reconocida en virtud del derecho internacional consuetudinario] al momento pertinente para la causa 002»<sup>161</sup>. La Sala de Primera Instancia convino con el fondo de esas conclusiones<sup>162</sup> y, al realizar por su propia cuenta un análisis de las causas internacionales, concluyó que «los fiscales no habían llegado a establecer que la tercera categoría de empresa delictiva conjunta formaba parte del derecho internacional consuetudinario entre 1975 y 1979»<sup>163</sup>.

76. El Tribunal Especial para el Líbano, al concluir que una norma de derecho internacional consuetudinario «ha evolucionado en la comunidad internacional respecto del terrorismo», aclaró que para determinar la existencia de esa norma se deben «demostrar la práctica necesaria y la *opinio juris seu necessitatis*, es decir, la opinión jurídica de que es necesario y ciertamente obligatorio hacer comparecer a juicio y sancionar a los autores de ataques terroristas»<sup>164</sup>. Valiéndose de la «noción de costumbre internacional establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Plateau continental*»<sup>165</sup>, el Tribunal comenzó su análisis de los materiales pertinentes declarando que

[c]omo se verá, varios tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica legislativa y judicial de los Estados demuestran la formación de una *opinio juris* general de la comunidad internacional, acompañada por una práctica consecuente con dicha *opinio*, en el sentido de que ciertamente ha surgido una norma consuetudinaria de derecho internacional respecto del crimen internacional del terrorismo, por lo menos en épocas de paz<sup>166</sup>.

### El Tribunal añadió que

para establecer más allá de toda duda si se ha cristalizado una norma consuetudinaria de derecho internacional. En particular hay que observar la conducta de los Estados, a medida que se forma mediante acuerdos en tratados internacionales que tienen una importancia mayor que su alcance convencional o la adopción de resoluciones por organismos intergubernamentales importantes, como las Naciones Unidas, así

<sup>153</sup> *Ibíd.*, párr. 19.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, párr. 49, citando a Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 16 (y añade una frase, del mismo autor: «El número de Estados necesario para crear una norma de derecho consuetudinario varía según la cantidad de práctica que contradiga dicha norma; [incluso] una práctica seguida por un muy reducido número de Estados puede crear una norma de derecho consuetudinario si no existe una práctica que contradiga la norma» (pág. 18)).

<sup>155</sup> Causa *Norman* (nota 151 *supra*), párr. 50. Véase también la opinión disidente del magistrado Robertson, págs. 14 a 19.

<sup>156</sup> Causa SCSL-04-14-A, 28 de mayo de 2008.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, párr. 405. Véase también *Plateau continental de la mer du Nord*, fallo, *C.I.J. Recueil 1968*, pág. 43, párr. 74.

<sup>158</sup> Causa SCSL-04-14-A, párr. 390. Véase también Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Hadžihasanović et Kubura*, causa IT-01-47-AR73.3, decisión respecto de la apelación interlocutoria conjunta de la defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia relativa a la moción de absolución basada en la regla 98 *bis*, 11 de marzo de 2005, párrs. 30 y 38.

<sup>159</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 29.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> *Ibíd.*, párr. 77; aquí la Sala de Cuestiones Preliminares examinó «las autoridades en que [el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia] se había basado en *Tadić*» y concluyó que aquellas «no aportaban pruebas suficientes de una práctica u *opinio juris* uniforme al momento pertinente para la causa 002» (párr. 83). Véanse también los párrafos 75, 76 y 78 a 82.

<sup>162</sup> Causa 002/19-09-2007/EEEC/TC, decisión sobre la aplicabilidad de la empresa criminal conjunta, 12 de septiembre de 2011, párr. 29.

<sup>163</sup> *Ibíd.*, párr. 38.

<sup>164</sup> 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. 104.

<sup>165</sup> *Ibíd.*, párr. 102.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, párr. 85.

como la promulgación por los Estados de leyes internas específicas o por decisiones de los tribunales nacionales<sup>167</sup>.

Después de considerar en detalle dichos «elementos», el Tribunal concluyó que

[s]e puede decir que hay una práctica arraigada relativa a la sanción de los actos de terrorismo, según se los define comúnmente, al menos cuando se los comete en época de paz; además, esa práctica es prueba de la creencia de los Estados de que la sanción del terrorismo responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*) y, en consecuencia, se vuelve obligatoria por la existencia de una norma que así lo exige (*opinio juris*)<sup>168</sup>.

77. Los órganos de solución de controversias de la OMC también han abordado, aunque con poca frecuencia, la determinación de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario<sup>169</sup>. De esas causas aparentemente resulta que, para determinar si ha surgido o no una norma determinada de derecho consuetudinario internacional, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han considerado esenciales los elementos tradicionales de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, aunque hasta el momento en general han evitado realizar un examen independiente de esos elementos.

a) En *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, al establecer que la «regla general de interpretación» enumerada en la Convención de Viena de 1969 «se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional», el Órgano de Apelación hizo referencia a fallos de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la doctrina del derecho internacional público<sup>170</sup>. En *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación se limitó a decir que «[n]o cabe duda de que el artículo 32 de la *Convención de Viena*, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición» de «norma del derecho internacional consuetudinario o general» y, en una nota se remitió esencialmente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, párr. 87.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, párr. 102.

<sup>169</sup> En el contexto actual, no es necesario examinar la medida en que los órganos de solución de controversias de la OMC aplican el derecho internacional consuetudinario, para lo cual, por ejemplo, véase *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (Informe del Grupo Especial), WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000, párr. 7.96 (en que el grupo Especial dijo: «Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC»). Véase también Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, págs. 13 a 21; Pauwelyn, «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», págs. 542 y 543; Mohd Zin y Kazi, «The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», págs. 245 a 248; Lindroos y Mehling, «Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” International Law and the WTO», págs. 869 a 873; Palmeter y Mavroidis, «The WTO Legal System: Sources of Law»; y observaciones de Joel P. Trachtman, sobre la ponencia de Joost Pauwelyn, «The jurisdiction of the WTO is limited to trade», *American Society of International Law, Proceedings of the 98th Annual Meeting*, Washington D.C., 2004, págs. 139 a 142.

<sup>170</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pág. 19.

<sup>171</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/

b) En *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, al hacer referencia a si el criterio o principio de precaución se había cristalizado o no en un principio de derecho internacional general o consuetudinario (y, en definitiva, decidir no asumir posición alguna al respecto), el Órgano de Apelación señaló que la situación del principio de precaución en el derecho internacional seguía siendo tema de debate entre académicos, especialistas, reguladores y magistrados y, en una nota de pie de página, se remitió a publicaciones según las cuales había o no una práctica suficiente de los Estados que pudiera dar origen a una norma de derecho internacional consuetudinario. Señaló además que la Corte Internacional de Justicia no había reconocido al principio como norma que debía tenerse en cuenta<sup>172</sup>.

c) En *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (Informe del Grupo Especial, que no fue apelado), respecto del artículo 48 de la Convención de Viena de 1969, el Grupo dijo que el concepto inicial de error «se ha desarrollado, en el marco del derecho internacional consuetudinario, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia» y posteriormente se incorporó a la Convención. Concluyó que, «[c]omo este artículo es en gran medida consecuencia de la jurisprudencia en la jurisdicción pertinente, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, no puede realmente dudarse de que actualmente represente una norma de derecho internacional consuetudinario»<sup>173</sup>. Además, el Grupo dijo que el artículo 65 de la Convención de Viena «no parece ser parte de las disposiciones de la *Convención de Viena* que pueden considerarse normas consuetudinarias del derecho internacional», pero no aportó fundamento alguno, aparte de remitirse a un asunto del Tribunal de Justicia Europeo en que se hace una declaración igualmente sucinta<sup>174</sup>.

78. En otras causas tramitadas ante la OMC, se han dictado pronunciamientos sobre las normas de derecho internacional consuetudinario sin un análisis o referencias que los acompañaran; por ejemplo, en *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE – Bananos III)*, en donde el órgano de Apelación dijo que «no hay [...] ninguna norma de derecho internacional consuetudinario o regla de la práctica de los tribunales internacionales que impida a un Miembro de la OMC decidir cuál debe ser la composición de su delegación en los procedimientos del Órgano de Apelación»<sup>175</sup>.

79. A medida que se avance en el análisis del tema, habrá que examinar la jurisprudencia de los tribunales

DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, pág. 13 y nota 17.

<sup>172</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 123.

<sup>173</sup> *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (nota 169 *supra*), párrs. 7.123; véase también el párrafo 7.126.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, párr. 7.126, nota 769 (que hace referencia al asunto C-162/96, *Racke c. Hauptzollamt Mainz, Recopilación de Jurisprudencia* 1998, párr. 59).

<sup>175</sup> *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, 9 de septiembre de 1997, párr. 10 (donde se cita decisión anterior de 15 de julio de 1997).



arbitrales interestatales, como los establecidos con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como de otros tribunales especiales, como el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía y los tribunales en la esfera de la protección de las inversiones<sup>176</sup>.

## 2. TRIBUNALES REGIONALES

80. De la misma manera, los tribunales regionales han determinado con cierta frecuencia la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario, normalmente en el contexto particular de la interpretación y aplicación de sus propios tratados concretos.

81. En su opinión consultiva de 2009 *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, se pidió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expidiera, entre otras cosas, sobre si el derecho procesal de designar jueces *ad hoc* en las causas contenciosas de la Corte originadas en una petición individual tenía la condición de norma de derecho internacional consuetudinario. Observando en primer lugar la definición de costumbre internacional en el Artículo 38, párr. 1, apdo. *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana pasó a citar varias causas de dicho tribunal y doctrina de derecho internacional público y manifestó que

[s]obre el particular, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como la doctrina internacional, han señalado que esta fuente del derecho tiene dos elementos de formación. El primero de ellos, de carácter objetivo, consiste en la existencia de una práctica general creada por los Estados y realizada de manera constante y uniforme (*usus o diuturnitas*). El segundo elemento, de carácter subjetivo, se refiere a la convicción de los Estados de que dicha práctica constituye una norma jurídica (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>177</sup>.

82. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también han tenido oportunidad ocasionalmente de aplicar el derecho internacional consuetudinario<sup>178</sup>. Por ejemplo, en su decisión sobre la admisibilidad en *Van Anraat v. The Netherlands*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de referirse extensamente a los casos de la Corte Internacional de Justicia, *Plateau continental de la mer du Nord* y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*<sup>179</sup>, dijo que era

posible que la disposición de un tratado se convirtiera en norma de derecho internacional consuetudinario. Para ello, es necesario que la disposición del caso, por lo menos potencialmente, tenga un carácter fundamentalmente creador de normas, de manera que pueda

<sup>176</sup> Véase también, por ejemplo, Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law»; y Milano, «The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny».

<sup>177</sup> Opinión consultiva OC-2009 de 29 de septiembre de 2009, Serie A N.º 20, párr. 48.

<sup>178</sup> Véanse los artículos del magistrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Malenovský, «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», y de la magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ziemele, «Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method».

<sup>179</sup> Solicitud n.º 65389/09, decisión sobre admisibilidad, 6 de julio de 2010, párrs. 35, 36 y 87 a 92.

considerarse que constituye el fundamento de una norma general de derecho; debe existir una práctica correspondiente de los Estados bien arraigada; y debe haber pruebas de la creencia de que la práctica se ha vuelto obligatoria a raíz de la existencia de la norma jurídica que así lo exige (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>180</sup>.

## 3. TRIBUNALES NACIONALES

83. El Relator Especial sigue buscando material relativo al criterio aplicado por los tribunales nacionales para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Esa información será útil en todas las etapas, en particular antes de la preparación del segundo informe, en 2014. Cierta información valiosa se puede encontrar en la amplia doctrina publicada al respecto<sup>181</sup>.

84. Si bien tal vez haya mucho que aprender de los criterios seguidos por los tribunales nacionales, debe tenerse presente que cada tribunal nacional funciona dentro de los límites particulares de su propia situación constitucional interna. La amplitud y la manera en que los tribunales nacionales pueden aplicar el derecho internacional depende del derecho interno. Además, no necesariamente los magistrados nacionales son expertos en derecho internacional público o han recibido capacitación al respecto; tal vez los tribunales internos estén influidos por la posición de su propio Estado respecto de si una norma en particular de derecho internacional consuetudinario existe o no y, de todos modos, es probable que, al desarrollar el derecho adopten, como quizás corresponda, un criterio cauteloso<sup>182</sup>.

85. En la presente etapa tal vez convenga hacer referencia a varios fallos muy conocidos de los tribunales nacionales que guardan relación con el tema que nos ocupa. De ello se desprende que en general, los tribunales nacionales<sup>183</sup> quizás en gran medida tratan de seguir el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia.

<sup>180</sup> *Ibid.*, párr. 88.

<sup>181</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos del presidente de sección del Consejo de Estado de Francia, Stirn, «La place de la coutume internationale en droit public français», y del magistrado del Tribunal Federal Constitucional de Alemania, Paulus, «The judge and international custom» (véase asimismo *Non-State Actors and International Law*, vol. 4, n.º 1 (2004)); y Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion*.

<sup>182</sup> Lord Hoffman, en su exposición ante la Cámara de los Lores en las causas *Jones y Mitchell*, se remitió a la doctrina que sugiere que la Corte Suprema de Italia, en la causa *Ferrini*, había dado «prioridad a los valores encarnados en la prohibición de la tortura por encima de los valores y las políticas de las normas sobre inmunidad de los Estados», y continuó diciendo que «de haberse referido a la causa a la legislación interna, se lo podría haber considerado “activismo”, pero perfectamente dentro del marco de la función judicial. [...] Pero no se puede aplicar ese mismo criterio al derecho internacional, que se basa en el consentimiento común de las naciones. No corresponde a un tribunal nacional “desarrollar” el derecho internacional mediante la adopción unilateral de una versión de ese derecho que, no importa cuán deseable, avanzada y reflejo de los valores sea, quizás simplemente no sea aceptada por otros Estados (*Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, Comité de Apelación, 14 de junio de 2006 (*Jones n.º 2*) [2006] UKHL 26, párr. 63). Por el contrario, hay quienes han sugerido que los jueces nacionales desempeñan una función importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario (Roberts, «Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law»).

<sup>183</sup> Wildhaber y Breitenmoser, «The relationship between customary international law and municipal law in Western European Countries», pág. 163.



a) Los tribunales del Reino Unido han procurado en muchas ocasiones determinar normas del derecho internacional consuetudinario. Si bien han tendido a seguir el criterio de la Corte Internacional de Justicia, en los fallos la cuestión no siempre se ha examinado a fondo<sup>184</sup>. En una causa reciente del Tribunal Superior, el magistrado aceptó (al igual que el Gobierno) que la prohibición de la tortura era una norma de *jus cogens* y, en tal sentido, citó el caso de la Corte Internacional de Justicia *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), pero no pudo encontrar una norma de derecho internacional consuetudinario que prohibiera en el derecho interno la imposición de una norma que limitara las acciones civiles<sup>185</sup>. Para ello, el magistrado McCombe se remitió a un pasaje de su fallo anterior en la misma causa, en que había declarado que «[p]ara establecer una norma de derecho internacional consuetudinario (que es lo que afirma el demandante) se debe demostrar que la práctica pertinente de los Estados es “tanto amplia como virtualmente uniforme” (casos *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3 y 44, párrs. 74 y 77)»<sup>186</sup>. En *R. v. Jones*, la Cámara de los Lores determinó que, a fines del siglo XX, el crimen de agresión era un crimen de derecho internacional consuetudinario; para llegar a esa conclusión, Lord Bingham tuvo en cuenta una amplia gama de antecedentes («los hitos principales») <sup>187</sup>, entre ellos proyectos de tratados, resoluciones de organizaciones internacionales, la labor de la Comisión, el fallo de 1986 de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* y los escritos de Brownlie<sup>188</sup>;

b) La Corte Suprema de Singapur, en la causa *Yong Vui Kong*, decidió que «no existe una práctica de los Estados amplia y virtualmente uniforme que respalde [...] la afirmación de que en la actualidad el derecho internacional consuetudinario prohíbe la pena capital obligatoria por tratarse de una pena inhumana»<sup>189</sup>. Haciendo referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y a varios fallos de la Corte Internacional de Justicia sobre el criterio aplicable para determinar si existe una norma de

derecho internacional consuetudinario, la Corte Suprema de Singapur manifestó que «la práctica amplia y sumamente uniforme por 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»<sup>190</sup>. Explicó además que las decisiones judiciales y las opiniones de expertos tal vez sirvan como «medio subsidiario para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario»<sup>191</sup>;

c) La Corte Suprema de Polonia, en la causa *Winicjusz*, al determinar si existía una norma de derecho internacional consuetudinario que estableciera la excepción a la inmunidad de los Estados por actos ilícitos cometidos por fuerzas armadas en el territorio del Estado del foro, manifestó que el contenido del derecho internacional consuetudinario se debe terminar con arreglo al Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que, para ello, es necesario establecer dos condiciones:

1) la repetición difundida por los Estados de actos internacionales similares a lo largo del tiempo (práctica de los Estados), y 2) la sensación de que existe una obligación jurídica (*opinio juris*). Entre los antecedentes jurídicos pertinentes, que se pueden aplicar para la determinación mencionada precedentemente, se incluyen las disposiciones del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Convenio de Basilea) y las convenciones de las Naciones Unidas, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, las decisiones de los tribunales nacionales, el derecho extranjero y la doctrina jurídica<sup>192</sup>.

Sobre la base de una voluminosa información, la Corte concluyó que todavía no había surgido una norma de derecho de derecho consuetudinario que estableciera una excepción a la inmunidad de los Estados en casos de violaciones graves de los derechos humanos (incluso en el curso de conflictos armados) ya que «esa práctica no es de manera alguna universal»<sup>193</sup>; concluyó además, sobre la base de la práctica de algunos Estados, que una nueva excepción de ese tipo estaba posiblemente en proceso de formación;

d) En Sudáfrica, la Corte Constitucional, en la causa *Kaunda* (2004), se fundamentó en un informe de la Comisión para concluir que «en la actualidad no es práctica general de los Estados» que la protección diplomática se reconozca como derecho humano, y que no se puede decir que en el derecho internacional consuetudinario exista dicha norma<sup>194</sup>. El magistrado Ngcobo añadió, en una opinión separada, que

148. Una de las mayores ironías del derecho internacional consuetudinario es que su reconocimiento depende de la práctica de los Estados que lo ponen en evidencia. Sin embargo, en ocasiones los Estados se niegan a reconocer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario con fundamento en que la práctica de los Estados es insuficiente para que una práctica en particular madure en norma de derecho internacional consuetudinario. Al actuar de esa manera, los Estados impiden que la práctica madure en una norma de derecho internacional consuetudinario.

<sup>184</sup> Por ejemplo, en una causa relativa al derecho internacional consuetudinario sobre las misiones especiales, el Tribunal Administrativo consideró insuficiente señalar que «[s]e había convenido [entre las partes] que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, el Sr. Khurts Bat tenía derecho a la inviolabilidad de la persona y a inmunidad de juicio si se encontraba viajando en una misión especial enviada por Mongolia al Reino Unido con el consentimiento previo del Reino Unido»: [2011] EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR 147 (2012), párr. 22.

<sup>185</sup> *Mutua and Others v. Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), párrs. 154 a 159.

<sup>186</sup> *Mutua and Others v. Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), párr. 87.

<sup>187</sup> [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, párr. 13.

<sup>188</sup> *Ibid.*, párrs. 13 a 19. Véase también *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport ex parte European Roma Rights Centre* [2004] UKHL 55, párr. 23 (Lord Bingham); *Binyam Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, pág. 164 (Lord Bingham).

<sup>189</sup> ILR, vol. 143, pág. 418, párr. 98. Se hace allí una referencia detallada a «una investigación de la situación de la pena capital en todo el mundo» (pág. 416, párr. 95), y la Corte explicó que «aunque la mayoría de los Estados de la comunidad internacional no impone la pena capital obligatoria para el tráfico de estupefacientes, ello no significa que la prohibición contra la obligatoriedad de dicha pena sea una norma de derecho internacional consuetudinario. La observancia de una norma en particular por una mayoría de Estados no es equivalente a la práctica amplia y virtualmente uniforme de todos los Estados» (pág. 417, párr. 96).

<sup>190</sup> *Ibid.*, pág. 418, párr. 98.

<sup>191</sup> *Ibid.*, pág. 417, párr. 97.

<sup>192</sup> *Winicjusz against the Federal Republic of Germany, Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX (2010), pág. 300.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pág. 303.

<sup>194</sup> ILR, vol. 136, *Kaunda and others v. The President of the Republic of South Africa and others* (4 de agosto de 2004), págs. 462 y ss., párrs. 25 a 29.

149. La práctica de imponer la obligación jurídica de ejercer protección diplomática en favor de un nacional lesionado o de un nacional amenazado por un daño cometido por un Estado extranjero, a solicitud de dicho nacional, es una víctima de esa ironía. A pesar de que muchos países imponen esta obligación jurídica en sus constituciones, todavía existe una cierta renuencia a reconocer esta práctica como norma de derecho internacional consuetudinario. Sigue siendo una cuestión de realización del desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>195</sup>;

e) El caso *Paquete Habana*, de 1900, sigue siendo la causa fundamental de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de los tipos de materiales pertinentes para la realización de un análisis sobre si una norma de derecho internacional consuetudinario existe o no. A fin de llegar a la conclusión en esta causa de que «[a] raíz del uso de larga data entre las naciones civilizadas, que comenzó hace siglos, y que gradualmente maduró en norma de derecho internacional, los buques que pescan en las costas, dedicados a su tarea de capturar y transportar pescado fresco, han sido reconocidos como exentos, con su carga y tripulación, de captura como botín de guerra», la Corte trató de «trazar la historia de la norma, de las fuentes más antiguas accesibles, mediante su cada vez mayor reconocimiento, con ocasionales retrocesos, de manera que podemos considerar ahora que se justifica su establecimiento definitivo»<sup>196</sup>. En consecuencia, examinó actos de gobierno (como órdenes, tratados y fallos) así como «la labor de juristas y comentaristas que, tras años de labor, investigaciones y experiencia, están particularmente en conocimiento de los temas que tratan [...] como prueba fiable de lo que realmente es la ley»<sup>197</sup>, y llegó a su determinación después de ese «examen de los precedentes y autoridades sobre el tema»<sup>198</sup>;

f) En El Salvador, la Corte Suprema de Justicia se refirió a la formación del derecho internacional consuetudinario en una causa de 2007 que se refería a la constitucionalidad de un artículo del Código de Trabajo de ese país, a la luz del derecho a un salario mínimo. Al examinar la importancia jurídica de una declaración internacional, en oposición a un tratado internacional, la Corte observó que

las declaraciones internacionales despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en el sentido que proponen una conducta no obligatoria, pero deseable. [...] [L]as declaraciones anticipan una *opinio juris* (conciencia de obligatoriedad), a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo, una costumbre internacional. [...] [L]as declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones [incluidas en esas declaraciones]<sup>199</sup>;

g) La Corte Suprema Especial de Grecia declaró, en la causa *Margellos* (2002) que

[p]ara determinar la existencia de ese tipo de normas [es decir, normas generalmente aceptadas de derecho internacional] es necesario establecer la existencia de una práctica generalizada en la comunidad internacional [*sic*] que reconozca la aceptación de que la norma ha sido formulada como norma jurídica vinculante,

haciendo referencia en ese contexto al Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>200</sup>. La Corte señaló además que

[p]ara determinar la existencia de ese tipo de normas, tal vez haya que recurrir a pruebas adecuadas, como convenciones internacionales, los registros y la correspondencia las organizaciones internacionales, fallos de tribunales internacionales y nacionales, textos legislativos de los Estados, correspondencia diplomática, opiniones jurídicas por escrito de los asesores jurídicos de organizaciones internacionales y Estados, así como los textos codificados de las organizaciones internacionales, comités internacionales e institutos de derecho internacional. Esos datos se deben examinar tanto individualmente como en conjunto<sup>201</sup>.

Teniendo en cuenta la información presentada por el Instituto Heleno de Derecho Internacional y Extranjero, así como fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de Corte Internacional de Justicia, instrumentos internacionales que incluían textos preparados por la Comisión, jurisprudencia y legislación nacionales, y escritos de expertos, la Corte Suprema determinó que el estado de desarrollo del derecho internacional en esa época otorgaba al Estado alemán inmunidad en procedimientos relativos a responsabilidad civil dimanada de hechos cometidos por las Fuerzas Armadas alemanas (en el caso, presuntamente cometidos en una aldea griega en 1944)<sup>202</sup>;

h) La Corte Constitucional Federal de Alemania, al decidir en el caso *Estado de necesidad de Argentina* (2007) sobre la existencia de «una norma general de derecho internacional»<sup>203</sup> que permita a un Estado negarse temporalmente a recibir reclamaciones de pago de derecho privado debidas a personas privadas invocando el estado de necesidad declarado a raíz de la incapacidad de pago, señaló en primer lugar que «que una norma sea de derecho internacional consuetudinario o un principio de derecho general surge del derecho internacional mismo, que establece los criterios acerca de las fuentes del derecho internacional»<sup>204</sup>. Declaró a continuación que

[l]a invocación de la necesidad del Estado está reconocida en el derecho internacional consuetudinario en las relaciones jurídicas que están sometidas exclusivamente al derecho internacional; por el contrario, no hay pruebas de una práctica de los Estados basada en la convicción jurídica necesaria (*opinio juris sive necessitatis*) de ampliar la justificación jurídica para la invocación de la necesidad del Estado a relaciones de derecho privado en que participan acreedores privados<sup>205</sup>.

Ambas proposiciones se justificaron con referencias a documentación jurídica nacional e internacional. Entre ellas cabe

<sup>200</sup> *Margellos c. Alemania*, caso 6/2002, 17 de septiembre de 2002, ILR, vol. 129, pág. 528, párr. 9 (el «término comunidad internacional» no es una traducción exacta del original; la traducción correcta sería «orden jurídico internacional»).

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, págs. 529 a 533, párrs. 12 a 15. Según la parte dispositiva del fallo: «En el presente estado de desarrollo del derecho internacional, se sigue aceptando en general que este desempeña una función según la cual no se puede incoar un procedimiento contra un Estado extranjero ante los tribunales de otro Estado para que indemnice los presuntos daños cometidos en el Estado del foro en que presuntamente hayan participado [en el original se añade “de una u otra manera”] las fuerzas armadas del Estado demandado, ya sea en tiempo de guerra o de paz» (pág. 533).

<sup>203</sup> ILR, vol. 138, pág. 1. «Normas generales de derecho internacional» es un término utilizado en el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que abarca el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

<sup>204</sup> ILR, vol. 138, pág. 10.

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> *Ibid.*, pág. 496.

<sup>196</sup> Caso *Paquete Habana*, *United States Reports*, vol. 175, pág. 686 (1900).

<sup>197</sup> *Ibid.*, pág. 700.

<sup>198</sup> *Ibid.*, pág. 708.

<sup>199</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, causa 26-2006 (12 de marzo de 2007).

mencionar la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados (en particular el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>206</sup>, al que se describió como «en la actualidad reconocido generalmente en la doctrina jurídica y en la opinión de los tribunales y las cortes internacionales [...] como que constituye derecho internacional consuetudinario aplicable»<sup>207</sup>), fallos de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, jurisprudencia nacional y doctrina jurídica<sup>208</sup>. La Corte también aclaró que se debe determinar la existencia de una práctica de los Estados (uniforme) para establecer que de hecho existe una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>209</sup>.

#### D. Labor de otros organismos

86. Al igual que la Comisión, el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional, ambos fundados a fines del siglo XIX, han abordado la formación del derecho internacional consuetudinario en el curso de su labor sobre distintos temas. Pero al igual que la propia Comisión, habida cuenta de sus funciones respectivas (con la notable excepción de la labor de la Asociación entre 1984 y 1986 y 2000 (véanse los párrafos 89 a 91 *infra*), muy pocas veces han debido abordar frontalmente las cuestiones planteadas por este tema.

87. El propósito del Instituto, según se establece en sus estatutos, es «promover el progreso del derecho internacional»<sup>210</sup>. Uno de los temas recientemente examinados por el Instituto se refiere a los problemas dimanados de una sucesión de convenciones de codificación, que incluyen «cuestiones relativas a la relación entre los tratados y la costumbre». El texto de la *Conclusión 2 (Efectos de las disposiciones de codificación)* es el siguiente:

Una convención de codificación tal vez contenga disposiciones (a las que se refiere a continuación como «disposiciones de codificación») que son declaratorias del derecho consuetudinario, o que sirven para cristalizar las normas del derecho consuetudinario, o que quizás contribuyan a la creación de nuevas normas de derecho consuetudinario de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia<sup>211</sup>.

<sup>206</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 76.

<sup>207</sup> ILR, vol. 138, pág. 11.

<sup>208</sup> *Ibid.* Para concluir que «el examen de la jurisprudencia nacional sobre la cuestión de la necesidad del Estado también falla debido a la falta de acuerdo para sugerir que el reconocimiento de que la necesidad del Estado tiene efectos en las relaciones de derecho privado está establecido en el derecho internacional» (pág. 17), la Corte se valió de un informe de expertos en que se evaluó la práctica de los tribunales nacionales al respecto, en vez de analizar el tema por su propia cuenta.

<sup>209</sup> *Ibid.* También se hace referencia al papel central de la práctica de los Estados en la opinión disidente del magistrado Lübbe-Wolf («La prueba de la práctica de los Estados, a partir de la cual surge la validez en el derecho consuetudinario de la necesidad» (pág. 26)).

<sup>210</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire 1877* (Gand, 1877). El artículo 1 del estatuto del Instituto establece, en su parte pertinente, que el propósito del Instituto es promover el progreso del derecho internacional, trabajando para formular los principios generales de la disciplina de manera de responder a la conciencia jurídica del mundo civilizado; prestando su concurso a toda tentativa seria de codificación gradual y progresiva del derecho internacional; y procurando la consagración oficial de los principios que se reconozcan en armonía con las necesidades de las sociedades modernas.

<sup>211</sup> *Ibid.*, *Annuaire 1995*, sesión de Lisboa, vol. 66, t. II (París, Pedone, 1995), pág. 436; véanse también las conclusiones 10, 12 y 13 (págs. 440 y 442), así como los informes de la Primera Comisión, Relator Sinclair.

88. Otro tema examinado por el Instituto se refiere a la elaboración de convenios multilaterales generales e instrumentos no contractuales<sup>212</sup>. Las conclusiones tienen un considerable interés respecto del tema que nos ocupa en lo que hace a «la función o el objetivo normativo» de las resoluciones de la Asamblea General.

89. La labor de la Asociación de Derecho Internacional, entre 1984-1985 y 2000, culminó en la aprobación en 2000 de la Declaración de principios aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario general (con comentarios)<sup>213</sup>. La labor de la Asociación, que consiste de 33 principios con comentarios, ha recibido tanto apoyo como críticas, incluso el momento de su aprobación en 2000<sup>214</sup>.

90. El Comité de la Asociación de Derecho Internacional tuvo una composición distinguida. Fue presidido sucesivamente por el Sr. Zemanek (Austria) y a partir de 1993 por el Sr. Mendelson (Reino Unido); este último había sido anteriormente Relator. En el primer informe del Relator (1986) se incluyó una lista de temas, que sigue siendo valiosa, en que se sugería un criterio respecto de los «modos de formación de la costumbre» y contenía un apéndice preparado por el Sr. Mendelson sobre «Formación del derecho internacional y la perspectiva de la observación»<sup>215</sup>. El segundo informe del Relator (1988) incluyó un apartado sobre terminología, en que se examinaba la expresión «derecho internacional consuetudinario (general)»<sup>216</sup>. Los informes tercero y cuarto se refirieron, respectivamente, a los elementos subjetivos y objetivos del derecho internacional consuetudinario<sup>217</sup>.

91. El informe final del Comité comienza mencionando «los graves problemas inherentes al establecimiento de normas respecto de este tema». A continuación siguen 33 principios (algunos subdivididos) y los comentarios conexos, que forman la Declaración de principios aplicable a la formación del derecho internacional consuetudinario general<sup>218</sup>. La Declaración de principios de Londres se dividió en cinco partes, tituladas, respectivamente: I) Definiciones; II) El elemento objetivo (práctica de los Estados); III) El elemento subjetivo; IV) La función de

<sup>212</sup> *Ibid.*, *Annuaire 1987*, sesión de El Cairo, vol. 62, t. II (París, Pedone, 1988), *L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative*; véanse también los informes de la 13.ª Comisión, Relator Skubiszewski, págs. 29 y ss.

<sup>213</sup> «Declaración de principios...» (nota 9 *supra*), págs. 39 y 712 a 777. Para el debate en el plenario, véanse las páginas 922 a 926.

<sup>214</sup> Véase el período de sesiones de trabajo del Comité de 28 de julio de 2000; *ibid.*, págs. 778 a 790.

<sup>215</sup> *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw* (nota 37 *supra*), pág. 936.

<sup>216</sup> *Ibid.*, pág. 949. Véase también el debate en el período de sesiones de trabajo del Comité de 26 de agosto de 1988, en donde muchos oradores se expresaron en contra de incluir el término «general» en el título del tema (pág. 960).

<sup>217</sup> Tercer informe provisional del Comité, *Report of the Sixty-seventh Conference held at Helsinki, Finland, 12 to 17 August 1996* (Londres, 1996), págs. 623 a 646; cuarto informe provisional del Comité, *Report of the Sixty-eighth Conference held in Taipei, 24-30 May 1998* (Londres, 1998), págs. 321 a 335. Los informes provisionales quinto y sexto se incorporaron al informe final (*Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25-29th July 2000* (Londres, 2000), pág. 712).

<sup>218</sup> Véanse el párrafo 7 y la nota 9 *supra*.

los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario; y V) La función de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y las conferencias internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario. Entre los asuntos abarcados en la Declaración cabe mencionar el uso de términos, qué tipos de actos constituyen práctica de los Estados; el «Estado» a los fines de determinar la práctica de los Estados; la práctica de las organizaciones intergubernamentales; la densidad de la práctica; el elemento subjetivo (*opinio juris*); la función de los tratados; y la función de las resoluciones de la Asamblea General y las resoluciones de las conferencias internacionales. En informes futuros, si procede, el Relator Especial abordará los principios y comentarios pertinentes incluidos en la Declaración de principios y las reacciones a estos.

92. El proyecto del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, que comenzó en 1995, dio lugar a la publicación, casi un decenio más tarde y después de amplias investigaciones y varias consultas, del estudio titulado *El derecho internacional humanitario consuetudinario*<sup>219</sup>. Uno de sus autores explicó que «[e]l modo de proceder seguido en este estudio para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario general responde a un planteamiento clásico, expuesto por la Corte Internacional de Justicia, en particular en los asuntos [*Plateau continental de la mer du Nord*]», y también se seleccionó y compiló la práctica pertinente de los Estados, a la que se ponderó a la luz de las exigencias de la *opinio juris*<sup>220</sup>. El estudio ha sido muy debatido<sup>221</sup> y su publicación provocó algunas reacciones muy enérgicas, tanto del sector privado<sup>222</sup> como del gubernamental<sup>223</sup>, con algunas críticas porque en realidad no se determinó la costumbre de conformidad con la metodología declarada<sup>224</sup>. Fue defendido enérgicamente por los autores<sup>225</sup>. El Comité, por conducto de su asociación con la Cruz Roja del Reino Unido, sigue

<sup>219</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Véase también el párrafo 52 *infra*.

<sup>220</sup> Henckaerts, «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respecto del derecho de los conflictos armados», pág. 7; véase también la introducción al estudio.

<sup>221</sup> Wilmshurst y Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*; Maybee y Chakka, *Custom as a Source of International Humanitarian Law*; Tavernier y Henckaerts, *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*.

<sup>222</sup> Véase, por ejemplo, Meron, «Revival of Customary Humanitarian Law», págs. 833 y 834; Aldrich, «Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross»; Dinstein, «The ICRC Customary International Humanitarian Law Study»; Bothe, «Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study»; MacLaren y Schwendimann, «An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law»; Cryer, «Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study»; y Fleck, «Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?».

<sup>223</sup> Véanse los párrafos 48 a 53 *supra*.

<sup>224</sup> Véase, por ejemplo, las notas 100 y 101 *supra*.

<sup>225</sup> Henckaerts, «Customary International Humanitarian Law – A Rejoinder to Judge Aldrich»; «The ICRC Customary International Humanitarian Law Study – A Rejoinder to Professor Dinstein», y «El derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos».

actualizando la base de datos de la práctica nacional pertinente de unos 90 Estados<sup>226</sup>.

93. En el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States of 1987*<sup>227</sup>, el American Law Institute distingue entre «Fuentes de derecho internacional» (art. 102) y «Prueba del derecho internacional» (art. 103). En el artículo 102, párr. 2 se estatuye que:

El derecho internacional consuetudinario resulta de la práctica general y uniforme de los Estados, seguida por estos a raíz de la sensación de que existe un obligación jurídica.

En los comentarios *b* a *e* del artículo 102 figuran elaboraciones concisas de las propuestas básicas pertinentes, al igual que en las notas de los relatores 2 a 5.

## E. Doctrina

94. Hay una amplia literatura sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario<sup>228</sup>, tanto monografías sobre el tema en general como sobre aspectos particulares, y también artículos. Además, los manuales generales de derecho internacional público invariablemente abordan el tema, si bien sucintamente. El objeto de la presente sección del informe es simplemente indicar la variedad y riqueza de la doctrina en esta esfera, sin tomar posición alguna sobre las teorías que se presentan.

95. Es interesante señalar que en la doctrina se han propuesto distintos criterios, desde la época de los autores clásicos como Suárez y Grocio, respecto del modo de creación del derecho internacional consuetudinario y de qué manera se lo identifica. A menudo se los ha denominado criterios «tradicional» y «moderno», y se ha considerado que ambos son completamente opuestos.

96. El criterio «tradicional», reflejado en el Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido interpretado ampliamente como que exige dos componentes para la formación de una norma de derecho

<sup>226</sup> Véase [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home).

<sup>227</sup> *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute, 1987. Véase también Massey, «How the American Law Institute Influences Customary Law: The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law».

<sup>228</sup> La Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra ha preparado una útil bibliografía de derecho internacional consuetudinario, que se puede consultar en <http://libraryresources.unog.ch/legal/ilc>. Igualmente, el Relator Especial prevé preparar una bibliografía selecta, basada inicialmente en la que figura en el anexo A del informe de la Comisión de 2011 (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte)), a la que se irán añadiendo títulos y actualizando el material a medida que progrese el estudio del tema. Entre los libros de texto generales con una extensa bibliografía cabe mencionar: Daillier, Forteau y Pellet, *Droit international public*, págs. 353 a 379; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, págs. 136 a 149; Clapham, *Brierly's Law of Nations*, págs. 57 a 63; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, págs. 23 a 30; Shaw, *International Law*, págs. 72 a 92; Kuznetsov y Tuzmukhamedov, *International Law – A Russian Introduction*, págs. 70 a 79; Cassese, *International Law*, págs. 153 a 169; von Glahn y Taulbee, *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, págs. 53 a 61; Sur, *International Law, Power, Security and Justice. Essays on International Law and Relations*, págs. 165 a 177; Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, págs. 31 a 51; Murphy, *Principles of International Law*, págs. 92 a 101; Verhoeven, *Droit international public*, págs. 318 a 346; Alland, *Droit international public*, págs. 268 a 297; Dupuy y Kerbrat, *Droit international public*, págs. 360 a 372; Carreau y Marrella, *Droit international*, págs. 301 a 324; Combacau y Sur, *Droit international public*, págs. 54 a 75.

internacional consuetudinario: *a*) la práctica general de los Estados, y *b*) la aceptación de dicha práctica como derecho. A menudo se hace referencia a la primera como el elemento «objetivo» (material) que se refiere a la coherencia y uniformidad de la práctica a lo largo del tiempo; se hace referencia a la segunda (también conocida como *opinio juris sive necessitatis*, «creencia de que existe el derecho o la necesidad») como el elemento «subjetivo» (psicológico), relativa a los motivos por los cuales los Estados adoptan dicha conducta<sup>229</sup>. Este criterio, reconocido como la «posición dominante en las teorías más difundidas del derecho internacional consuetudinario»<sup>230</sup>,

<sup>229</sup> Véase, por ejemplo, Thirlway, «The Sources of International Law», pág. 102 («La doctrina tradicional es que el simple hecho de una práctica internacional uniforme en un sentido en particular no basta, por sí misma, para crear una norma en el sentido de la práctica; es necesario un elemento más. En consecuencia, el derecho internacional clásico considera que el derecho consuetudinario dimana de una combinación de dos elementos: una práctica establecida, difundida y uniforme por parte de los Estados; y un elemento psicológico denominado *opinio juris sive necessitatis* (opinión de que se trata de derecho o una necesidad), al que normalmente se abrevia *opinio juris*»); Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942. A Treatise*, pág. 609 («Los elementos necesarios son la acción concordante y repetida de numerosos Estados en la esfera de las relaciones internacionales; la concepción en cada caso de que la acción era obligada por la ley, y que los demás Estados no hayan impugnado tal concepción en ese momento»); Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, pág. 184 («La definición tradicional de derecho internacional consuetudinario es estrictamente doctrinaria, en el sentido de que se dice que una norma es consuetudinaria si satisface la prueba doctrinaria bipartita. La versión más frecuentemente citada es la definición que figura en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia»); Conforti y Labella, *An Introduction to International Law*, pág. 31; Sur, *International Law...*, pág. 174; von Glahn y Taulbee, *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, págs. 54 y 55; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 55; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 23; Bederman, «Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law», pág. 44; Stern, «Custom at the Heart of International Law», pág. 91; y Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 41.

<sup>230</sup> Voyiakis, «Customary International Law and the Place of Normative Considerations», pág. 169; véase también, por ejemplo, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pág. 81 («Aunque muchos aspectos de la formación de la costumbre en el derecho internacional siguen siendo controvertidos, el acuerdo es prácticamente unánime en que el proceso legítimo de formación de la costumbre en el derecho internacional exige la presencia de dos elementos básicos: práctica y aceptación de esa práctica como derecho»); Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law. The impact of International Law on Japanese Law*, pág. 35 («De conformidad con la opinión dominante en el derecho internacional, los tribunales japoneses sostienen que tanto la práctica general de los Estados como la *opinio juris* son necesarias para que una norma sea considerada derecho internacional consuetudinario»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 265 («Algunos autores han expresado la opinión de que solo la práctica es importante; otros han adoptado ocasionalmente la posición de que es posible crear un “derecho instantáneo” sin una práctica previa. Pero la opinión predominante es que la práctica y la *opinio juris* siguen siendo los dos elementos esenciales del derecho consuetudinario»); Bradley y Gulati, «Withdrawing from International Custom», pág. 209 («La definición normal de derecho internacional consuetudinario es que este dimana de la práctica de las naciones, seguido de la sensación de que se trata de una obligación jurídica. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario consta de dos elementos. [...] Esta es la definición convencional»); Simma y Alston, «The Sources of International Law», pág. 98 (en donde el criterio tradicional es denominado «el concepto establecido»); Treves, «Customary International Law», pág. 939, párr. 8 (en donde se hace referencia al criterio tradicional como «la opinión prevaleciente»); Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 123 («la opinión predominante todavía construye a la costumbre sobre la base segura de los dos elementos, y solo está dispuesta a modular en un grado reducido sus relaciones mutuas y su modo de funcionamiento»).

considera que cada uno de los dos elementos es indispensable; al mismo tiempo, dentro de esa concepción bipartita aparentemente se da prioridad a la práctica de los Estados, en el sentido de que «la costumbre comienza con “actos” que se convierten en “práctica arraigada”; posteriormente esa práctica puede dar lugar a la creencia de que ha pasado a ser obligatoria»<sup>231</sup>. En otras palabras, «hay que observar lo que los Estados en realidad hacen en sus relaciones mutuas, y tratar de comprender por qué lo hacen y, en particular, si reconocen que existe la obligación de adoptar un cierto curso»<sup>232</sup>. De hecho, este criterio sigue siendo leal a la concepción clásica de la formación del derecho consuetudinario como un proceso empírico, descentralizado y de abajo hacia arriba<sup>233</sup>; cuando se lo ubica en el plano internacional, el derecho internacional

<sup>231</sup> Schachter, «New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice», pág. 531 (en donde se describe la «práctica generalmente aceptada de la relación entre la práctica y la *opinio juris*»). Véase también, por ejemplo, Simma y Alston, «The Sources of International Law», pág. 88 («Según el entendimiento tradicional de la costumbre internacional, claramente se hace hincapié en la parte material u objetiva de sus dos elementos, es decir, la *práctica* de los Estados. [...] [L]a práctica tiene prioridad respecto de la *opinio juris*; son los hechos los que cuentan, no las palabras»); G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», pág. 68 («se considera un principio racional que, a largo plazo, únicamente son los actos de los Estados los que forman la práctica, al igual que es solo la práctica (“constante y uniforme”», como ha establecido la Corte [Internacional de Justicia] lo que constituye uso o costumbre, y que en definitiva lleva a la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 16 («La práctica de los Estados es la materia prima del derecho consuetudinario»); Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 26 («[L]a redacción del Estatuto [de la Corte Internacional de Justicia] sirve para destacar que el fondo de esta fuente de derecho internacional se debe encontrar en la práctica de los Estados»); D'Amato, «Trashing Customary International Law», pág. 102; Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 53; Akehurst, «Custom as a Source of International Law», pág. 53; Tunkin, «Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», pág. 421; Roberts, «Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation», pág. 758; Danilenko, «The Theory of International Customary Law», págs. 19 a 20; y Petersen, «Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation», pág. 278. Sin embargo, véase Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 665 («En consecuencia, la costumbre internacional es un procedimiento de creación de normas de derecho internacional. Es el derecho internacional el que establece las condiciones en virtud de las cuales el procedimiento de la costumbre crea normas válidas de derecho internacional general. Esas condiciones son dos: el uso y la *opinio juris*, y tienen igual importancia. Ello es admitido abrumadoramente por la doctrina y está demostrado por la práctica de los Estados y de los tribunales y las cortes internacionales»).

<sup>232</sup> Clapham, *Brierly's Law of Nations*, pág. 57.

<sup>233</sup> Véase, por ejemplo, Henkin, *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, pág. 34 («el proceso de creación del derecho consuetudinario es informal, azaroso, no deliberado, e incluso parcialmente no intencional y fortuito [...] no estructurado y lento»); Ted Stein, al examinar «Custom» y «Treaties» (en Cassese y Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, pág. 13) (en donde se describe el proceso clásico de creación de normas universales de derecho internacional como «no escrito [...] inconsciente [...] acumulativo, se genera a lo largo del tiempo mediante la aglomeración de instancias discretas [...] siempre se genera mediante intercambios bilaterales [...] mediante procesos que no son influidos por los procedimientos de ningún foro establecido»); y D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, pág. 162 («según la opinión tradicional, las normas de derecho internacional consuetudinario se identifican sobre la base de un proceso de *crystalización de abajo hacia arriba* en que se necesita la conducta concurrente y constante de un número significativo de Estados, a lo que se suma su creencia (o intención) de que dicho proceso se debe a un imperativo del derecho internacional»).

consuetudinario debe interpretarse mediante un razonamiento inductivo<sup>234</sup> centrado en el Estado<sup>235</sup> y sin consideraciones normativas independientes. Se dice que solo dar fuerza jurídica a las conductas reales y la expectativa de que goza de un amplio grado de aceptación de la comunidad internacional asegura la estabilidad, fiabilidad y legitimidad del derecho internacional consuetudinario<sup>236</sup>.

97. Sin embargo, hay quienes han impugnado el criterio «tradicional», con el argumento de que es incoherente desde el punto de vista doctrinario y está plagado de misterios internos<sup>237</sup> que hacen difícil, sino imposible, aplicarlo en la práctica<sup>238</sup>. Otros críticos han subrayado que,

<sup>234</sup> Véase, por ejemplo, Condorelli, «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», pág. 148 («Estas fórmulas sabias, si bien aproximadas e indicativas, en esencia tratan de explicar el significado de “inducción”: la operación que consiste en reunir pruebas para demostrar el efecto social de las normas en cuestión»).

<sup>235</sup> Véase, por ejemplo, Thirlway, *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, pág. 58 («El fondo de la exigencia de la práctica es que los Estados hayan hecho, o se hayan abstenido de hacer, ciertas cosas en la esfera internacional»); Benson, «François Géný's Doctrine of Customary Law», pág. 268 («En la actualidad se entiende a la costumbre en cuanto al proceso de su creación, y ese proceso se explica desde el punto de vista completamente interno y absolutamente autónomo de los Estados, que son los que le dan existencia y la reconocen como normas consuetudinarias vinculantes y autorizadas»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 16 y 17 («[E]sas instancias de práctica deben atribuirse a los Estados, razón por la cual se excluye la práctica de organizaciones internacionales y particulares»); Baker, «Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element», pág. 5 («Se dice que el derecho internacional consuetudinario depende del consentimiento de las naciones-Estados y, en consecuencia, por lo menos en el entendimiento tradicional que aquí se explica, está muy centrado en el Estado»); y Weisburd, «Customary International Law: The Problem of Treaties», pág. 5.

<sup>236</sup> Véase, por ejemplo, De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, pág. 161 («Lo que da a la costumbre internacional su valor especial y superioridad sobre las instituciones convencionales es el hecho de que, desarrollarse mediante la práctica espontánea, refleja un sentimiento muy profundo de la comunidad jurídica. De ahí la densidad y estabilidad de sus normas»); Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles», págs. 88 y 89 («Las normas de derecho consuetudinario así establecidas firmemente mediante el razonamiento inductivo basado en hechos más que en palabras [...] han tenido, y siguen teniendo, varias ventajas indudables. Son normas sólidas, a las que se ha dado forma cuidadosamente en el yunque de las interacciones reales y tangibles entre los Estados, y permiten prever razonablemente la conducta futura de los Estados»); Thirlway, «The Sources of International Law», pág. 76 («La costumbre [...] crece lentamente —aunque no siempre tan lentamente como antaño— pero lo hace por conducto de la práctica de los Estados y, en consecuencia, tiende a reflejar con exactitud el equilibrio de sus intereses contrapuestos y representa sus verdaderas intenciones»); y Bederman, *Custom as a Source of Law*, pág. 162.

<sup>237</sup> Jennings, «The Identification of International Law», págs. 4 a 6.

<sup>238</sup> Véase, por ejemplo, Henkin, *International Law: Politics and Values*, pág. 29 («Es fácil formular la definición, pero no tanto interpretarla y aplicarla, y se siguen planteando cuestiones difíciles, algunas de ellas “operacionales”, otras conceptuales-jurisprudenciales»); Goldsmith y Posner, «Notes Toward a Theory of Customary International Law», pág. 53 («la definición estándar de derecho internacional consuetudinario [...] plantea interrogantes perennes y que, en gran medida, no han sido respondidos»); Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, págs. 130 y 131 («Un problema de la concepción bipartita tradicional del derecho internacional consuetudinario es que entraña la aparente paradoja cronológica de que los Estados que crean las nuevas normas consuetudinarias creen que esas normas ya existen y que, en consecuencia, su práctica se conforma al derecho»); Guzman y Meyer, «Customary

si el derecho internacional consuetudinario se construye de este modo «su crecimiento será demasiado lento para mantener el ritmo de las relaciones cambiantes entre los Estados que trata de regular»<sup>239</sup>, y que también será fundamentalmente ineficiente para lograrlo<sup>240</sup>. Se ha dicho además que la doctrina «tradicional» entraña un grave déficit democrático<sup>241</sup>, porque su naturaleza positivista

International Law in the 21st Century», pág. 199 («En las críticas tradicionales al derecho consuetudinario internacional se ha señalado que su definición es circular, que sus normas son vagas y, en consecuencia, difíciles de aplicar, y que carecemos de estándares para juzgar si se han satisfecho los dos requisitos de creación de una norma de derecho internacional consuetudinario»); Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», págs. 137 a 141; y D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, págs. 7 a 10 y 73 y 74.

<sup>239</sup> Fenwick, «The Sources of International Law», pág. 397. Véase también, por ejemplo, Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 115 («El derecho internacional consuetudinario es simplemente muy lento para poder aportar la rápida regulación que se necesita en los nuevos ámbitos que ahora debe abarcar el derecho internacional»); De Visscher, «Reflections on the Present Prospects of International Adjudication», pág. 472 («No se puede negar que el desarrollo tradicional de la costumbre no se adapta bien al ritmo actual de las relaciones internacionales»); Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», págs. 124 y 125 (al referirse al criterio tradicional se dice que «a menudo el derecho consuetudinario es muy gravoso o simplemente en un momento dado no da los resultados esperados [...] cuando se necesita con urgencia crear normas generales de derecho internacional»); y Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, págs. 121 a 124.

<sup>240</sup> Véase, por ejemplo, Reisman, «The Cult of Custom in the Late 20th Century» (en donde se sugiere que la costumbre es «un anacronismo y un atavismo» (pág. 133), se pregunta «[s]i la legislación con un propósito es un instrumento tan importante para aclarar y poner en práctica una política en una civilización como la nuestra, basada en la industria y la ciencia, ¿cómo podemos prescindir de ella en la civilización global, mucho más complicada y variada?» (pág. 134), y concluye que «los procesos consuetudinarios de creación de normas no pueden abordar los enormes problemas que afronta el mundo» (págs. 142 y 143)); McGinnis, «The Comparative Disadvantage of Customary International Law», págs. 11 y 12 (en donde se argumenta que el derecho consuetudinario «no está bien ideado para maximizar el bienestar del pueblo» porque es creado por naciones más que por el pueblo, y que «no es probable que genere normas eficientes, aun para las naciones» debido a la heterogeneidad de las naciones que integran la comunidad internacional); Estreicher, «Rethinking the Binding Effect of Customary International Law», págs. 9, 11 y 14 (en donde se dice que «con fundamentos puramente funcionales, los argumentos en pro del derecho internacional consuetudinario en un mundo westfaliano son difíciles de sostener (pág. 11)» y que, ante la falta de algún tipo de ganancias progresivas importantes, los costos del derecho internacional son mayores que sus beneficios); Fenwick, «The Sources of International Law», pág. 398 («Otro defecto de la costumbre como fuente de derecho internacional es su incapacidad de reorganizar un sistema que es defectuoso en su conjunto, o incluso enmendar algunas de sus partes siguiendo líneas progresivas orientadas al futuro»); Kontorovich, «Inefficient Customs in International Law», pág. 921 («las costumbres internacionales se desarrollan en un contexto que no tiene las características que llevan hacia la eficiencia al desarrollo de normas grupales»); Fon y Parisi, «International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis», pág. 202 (en donde se explica que «los resultados dimanados de basarse en normas consuetudinarias tradicionales tal vez resulten sistemáticamente insuficientes respecto de lo que se podría obtener por medio de normas articuladas»); y Palmer, «New Ways to Make International Environmental Law», pág. 266.

<sup>241</sup> Ese tipo de argumentos tal vez se refiera a aspectos diferentes del proceso democrático en contextos diferentes (por ejemplo, internacional en oposición al nacional); véase, por ejemplo, Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, pág. 150 («La costumbre crea problemas particulares respecto de la legitimidad democrática, ya que no se exige que un Estado en particular consienta en que ha surgido una nueva norma consuetudinaria, o que en su formulación participe una mayoría de Estados, o que solo participen los Estados democráticos, o que las prácticas de los Estados se adecuen a la voluntad de sus pueblos respectivos. [...] Además, como por definición las normas

no permite que en la identificación del derecho internacional consuetudinario se tengan debidamente en cuenta los valores de la comunidad internacional y que, además, hace que el derecho internacional consuetudinario no esté a la altura de los derechos humanos básicos<sup>242</sup>. Por último, algunos autores han incluso afirmado que la teoría «tradicional» es una simple ficción<sup>243</sup>.

98. Es frente a estos antecedentes que otros criterios aplicados al derecho internacional consuetudinario, a menudo denominados «modernos», han tratado de reinterpretar los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, cambiar su apreciación como fuente del derecho internacional. Algunas de esas desviaciones de la doctrina «tradicional»

(Continuación de la nota 241.)

consuetudinarias no son escritas por una autoridad, la tarea de identificar e interpretar —y en consecuencia de “aplicar”— las obligaciones consuetudinarias a menudo recae en entidades no estatales, jueces, académicos, etc., sin que sea necesario tener en cuenta la actitud del Estado contra quien se oponen las normas»; Schachter, «New Custom...», pág. 536 («Como hecho histórico, el gran cuerpo de derecho internacional consuetudinario fue creado por un grupo notablemente reducido de Estados»); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?», pág. 20; McGinnis, «The Comparative Disadvantage...», pág. 8 («Un problema evidente del derecho internacional consuetudinario [...] es que en su definición misma tiene incorporado un déficit democrático»); y Dodge, «Customary International Law and the Question of Legitimacy», pág. 26 (centra la atención en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pero quizás también sea pertinente en otras partes, cuando dice que «[e]sencialmente, esta crítica de la legitimidad consta de dos aspectos interrelacionados: que la facultad de aplicar el derecho internacional da demasiada discreción a los jueces federales —la discreción de incorporar al derecho norteamericano lo que “consideren normas de derecho internacional”— y que el derecho internacional consuetudinario no se crea por medio de un sistema político que rinda cuentas democráticamente»).

<sup>242</sup> Véase, por ejemplo, Klabbers, «The Curious Condition of Custom», pág. 34 («respecto de las prescripciones de pertinencia moral (piénsese en particular en los derechos humanos), el concepto tradicional de costumbre ha perdido plausibilidad»); Pellet, «Droits-de-l’homme et droit international», págs. 171 y 172; Wouters y Ryngaert, «Impact on the Process of the Formation of Customary International Law», pág. 119 («Tal vez el criterio positivista plantee graves problemas para la protección y promoción de los derechos humanos»); Charlesworth, «Law-making and sources», pág. 192 («En su forma tradicional, la costumbre tradicional da prioridad al consentimiento de los Estados como fuente de derecho, con prioridad sobre conceptos normativos»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, pág. 72 (al referirse al criterio tradicional del derecho internacional consuetudinario dice: «Este método de creación, si bien arcaico, tiene consecuencias, porque el derecho consuetudinario tiene un alcance limitado y no se puede utilizar como instrumento jurídico-político. Asimismo, como el fundamento del derecho consuetudinario es el uso, hay límites respecto del tipo de normas que se pueden crear»); y Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, pág. 41.

<sup>243</sup> Véase, por ejemplo, Dunbar, «The Myth of Customary International Law», pág. 8 («El mito es presumir que la práctica universal de los Estados crea el derecho *ipso facto*. El derecho solo puede ser creado por la legislación o por un fallo judicial o, en el caso del derecho internacional, por un tratado»); Estreicher, «Rethinking the Binding Effect of Customary International Law», pág. 8 (en donde se dice que la narrativa tradicional «[e]s, por supuesto, una ficción jurídica. El consentimiento obtenido a partir del silencio es una forma dudosa de consentimiento»); y Kelly, «The Twilight of Customary International Law» («La premisa del derecho internacional consuetudinario es que las naciones, a pesar de no haber consenso respecto de los valores, pueden sin embargo aceptar —y en consecuencia crear— normas jurídicas vinculantes sin un proceso formal para determinar su aceptación. La premisa es dudosa» (pág. 460)). «Ninguna metodología puede garantizar que se midan con exactitud las actitudes normativas de los Estados. Los medios que se utilizan en la actualidad reducen la *opinio juris* a una mera ficción» (pág. 469). «Además, es sospechosa toda la idea de valerse de la práctica de los Estados para construir normas» (pág. 472)).

fueron para algunos autores una tentativa intelectual de «aportar la teoría faltante de la costumbre»<sup>244</sup>, mientras que para otros es un esfuerzo consciente por «alinear nuestra concepción de creación del derecho consuetudinario con la cada vez mayor urgencia de las preocupaciones de fondo que debe abordar el derecho internacional»<sup>245</sup>; en ambos casos se han formulado sugerencias para reemplazar el modelo estrictamente aditivo (de dos elementos) de la formación de la costumbre con una teoría de un elemento único, en su mayoría restando importancia a una de los dos exigencias estándar o bien desplazando ambas por completo. Varios autores han instado a que se debe dar una función menos importante a la *opinio juris*, con el argumento de que en la mayoría de los casos la práctica difundida y uniforme de los Estados es suficiente para la creación del derecho internacional consuetudinario<sup>246</sup>. Otros, alejándose todavía más de la noción ordinaria de derecho consuetudinario, han afirmado lo opuesto, es decir, se debe relajar al mínimo la exigencia de la práctica y concentrarse, en cambio, en el elemento de la *opinio juris*<sup>247</sup>, como se ha manifestado

<sup>244</sup> En las palabras de D’Amato («Trashing Customary International Law», pág. 101). Hay quienes han sugerido que es la aplicación «flexible» de la definición tradicional lo que ha llevado a que surja «en la doctrina una definición nueva y moderna» (Chodosh, «Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law», pág. 88); véase también Baker, «Legal Recursivity...».

<sup>245</sup> Voyiakis, «A Theory of Customary International Law», pág. 6; véase también Orrego Vicuña, «Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», pág. 38 («Pronto se descubrió que, si se podía interpretar que el derecho consuetudinario decía algo distinto de lo que había significado tradicionalmente, era mucho más fácil conseguir los objetivos deseados»); y Roberts, «Traditional and Modern Approaches...» pág. 766 («La costumbre moderna también muestra el deseo de crear normas de derecho internacional vinculantes para todos los Estados respecto de cuestiones morales importantes»).

<sup>246</sup> Véase, por ejemplo, D’Amato, «Customary International Law: A Reformulation», pág. 1 («Mi labor fue considerada radical por otros especialistas; con el curso del tiempo he llegado con renuencia a la conclusión de que tal vez no fui suficientemente radical. En vez de tratar de trabajar dentro de la noción de la *opinio juris*, debí haberla descartado por completo»); Kopelmanas, «Custom as a Means of the Creation of International Law» («La primera de esas [dos] condiciones [refiriéndose a los factores materiales y psicológicos en la formación de la costumbre] es en realidad el fondo de la pregunta que nos debemos hacer [cuál es el proceso especial de desarrollo que produce la costumbre]» (pág. 129)). «[A] mismo tiempo trataremos de examinar el momento en que la costumbre internacional solo surge de una actividad que se realiza por la impresión de que así lo exige el derecho. Hay muy buenas razones para tener dudas al respecto» (pág. 130)); Kelsen, «Teoría del derecho internacional consuetudinario», pág. 243 (en donde expone la teoría que después abandonó según la cual «si los sujetos, al realizar esos actos, piensan que al efectuarlos ejecutan desde ese momento un derecho positivo, se equivocan»); y Guggenheim, «Les deux éléments de la coutume en droit international», pág. 280 («es imposible demostrar la existencia de este elemento [subjetivo]. En consecuencia, es necesario renunciar al elemento subjetivo»); Mendelson, «The Formation of Customary International Law», pág. 289.

<sup>247</sup> Véase, por ejemplo, Cheng, «Epilogue», pág. 223 («En consecuencia, lo más importante es reconocer que el uso (*consuetudo*) es solo un elemento de prueba, y no constitutivo, de lo que comúnmente se denomina “derecho consuetudinario internacional”, sin que importe de qué otra manera se quisiera etiquetarlo»); Guzman, «Saving Customary International Law», pág. 153 («[e]l derecho internacional consuetudinario se refiere en realidad a la exigencia de la *opinio juris* y no a la de la práctica. [...] En consecuencia, el criterio de la elección racional solo da lugar a la exigencia de la práctica como base probatoria que revela la *opinio juris*. La práctica puede arrojar luz sobre si se considera que una norma determinada es obligatoria o no, pero en sí misma no lo hace»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 266 («Incluso podría aceptar que, en circunstancia excepcionales, la práctica no es necesaria si una norma determinada,



predominantemente en declaraciones hechas ante los foros internacionales<sup>248</sup>. Este último criterio, que constituye el núcleo de la «costumbre moderna», según se interpreta en la actualidad dicho término, en definitiva hace que la determinación del «nuevo derecho internacional consuetudinario» se vuelva una actividad normativa más que una estrictamente empírica. Al aplicarse una metodología deductiva<sup>249</sup>, se procura que el derecho internacional consuetudinario se vuelva una fuente más rápida y flexible de derecho internacional, que permita cumplir un «potencial utópico» y «compensar la rigidez del derecho convencional»<sup>250</sup>, en particular en las esferas de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho ambiental<sup>251</sup>. Ciertamente, «[c]entrar

según la cual una cierta conducta es necesaria o prohibida, ha recibido aprobación universal. Hasta aceptaría la posibilidad del “derecho instantáneo”); y Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*.

<sup>248</sup> Véase, por ejemplo, Cheng, «United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?», pág. 37 («no hay razón que impida que una *opinio juris communis* crezca en un lapso muy breve entre todos o simplemente algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el resultado de que entre ellos nazca una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Tampoco hay motivo alguno que les impida utilizar una resolución de la Asamblea General para “positivizar” su nueva *opinio juris* común»); y Sohn, «“Generally Accepted” International Rules», pág. 1074.

<sup>249</sup> Véase también Lukashuk, «Customary Norms in Contemporary International Law», pág. 493 («Lo que esas normas tienen en común con las normas consuetudinarias tradicionales es su forma no escrita y la *opinio juris*. Lo que las distingue es que no solidifican una práctica existente, sino que se les pide que inicien una. En comparación con las normas del primer tipo, dan un mayor peso relativo a lo que debe ser, más que a lo que es»); Roberts, «Traditional and Modern Approaches...», pág. 763 («La costumbre moderna deriva esencialmente de declaraciones abstractas de *opinio juris*, pasando de la teoría a la práctica»); Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 126 («En consecuencia, esta costumbre deductiva es algo así como una “costumbre contrafáctica”, ciertamente un concepto muy alejado de la concepción clásica de derecho consuetudinario»); y Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles», pág. 89 («El proceso de creación de derecho consuetudinario se ha convertido en una actividad autónoma de retórica. Ahora se utiliza el criterio *deductivo*»).

<sup>250</sup> Charlesworth, «The Unbearable Lightness of Customary International Law», pág. 44. Véase también, por ejemplo, Scharf, «Seizing the “Grotian Moment”: Accelerated Formation of Customary International Law in times of Fundamental Change», págs. 439, 450, 467 y 468 («En épocas de cambios fundamentales —ya sea por adelantos tecnológicos, la comisión de nuevas formas de crímenes de lesa humanidad o el desarrollo de nuevos medios de guerra o terrorismo— un derecho internacional consuetudinario de rápido desarrollo cristalizado en resoluciones de la Asamblea General quizás sea necesario para que el derecho internacional pueda seguir el ritmo de otras novedades» (pág. 450). «[E]l “momento de Grotio” reduce al mínimo la cuantía y duración de la práctica de los Estados necesaria en esas épocas de transformación, siempre y cuando exista una expresión especialmente clara y difundida de *opinio juris*», (págs. 467 y 468)); y Schachter, «New Custom...», pág. 533 (en donde se describe al «nuevo derecho internacional consuetudinario» como una respuesta a la demanda «en el entorno internacional contemporáneo» de «gobiernos que hayan sentido la necesidad de un nuevo derecho que, por una razón u otra, no se puede lograr mediante tratados multilaterales»).

<sup>251</sup> Véase, por ejemplo, Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», pág. 147 («Debido a la incomensurabilidad percibida de lo que se consideran métodos tradicionales u ortodoxos de creación de derecho internacional consuetudinario con los objetivos humanistas de los académicos activistas, en el decenio último una parte influyente de la doctrina de los derechos humanos y del derecho humanitario ha desarrollado un nuevo criterio aplicable al derecho internacional consuetudinario en esas esferas»); Wouters y Ryngaert, «Impact on the Process of the Formation of Customary International Law» («Especialmente los abogados orientados a los derechos humanos a menudo argumentan

la atención en la *opinio juris* es tentador para quienes desean ampliar el conjunto de normas que debe considerarse parte del derecho internacional consuetudinario. Si se pudiera ignorar la exigencia de la práctica, o bien reducir su influencia, es posible argumentar que se pueden incluir en la lista de normas de derecho internacional consuetudinario una gran cantidad de derechos morales»<sup>252</sup>. Ese «estiramiento conceptual»<sup>253</sup>, celebrado como la «nueva “vitalidad” de la costumbre»<sup>254</sup>, también ha alentado a la apertura del proceso de creación del

que el método de formación del derecho consuetudinario en la esfera de los derechos humanos y el derecho humanitario es distinto del método tradicional de formación del derecho consuetudinario en el derecho internacional público» (pág. 111). «Los métodos clásicos de formación del derecho basados en el consentimiento de los Estados y en una práctica de los Estados consentida y difundida se puede relajar un tanto “si lo que está en juego es importante”» (pág. 129). «Dicho de otra manera, la práctica de los Estados se aplica de manera selectiva para justificar una norma consuetudinaria que no es moralmente neutra» (pág. 130)); Hunter, Salzman y Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, págs. 312 y 313 («A medida que el número de tratados, declaraciones y resoluciones internacionales que anuncian principios de protección ambiental ha aumentado a lo largo del tiempo, los especialistas han comenzado a debatir si están en surging o ya han surgido normas consuetudinarias de derecho ambiental internacional. [...] Esas normas y las posibles normas futuras afrontan un problema particularmente difícil cuando se las somete a la prueba estándar de las normas consuetudinarias (es decir, práctica uniforme de los Estados y la existencia de *opinio juris*). [...] Sin embargo, esos principios son cada vez más reconocidos en opiniones judiciales y en otras partes, lo que tal vez refleje un cambio en las nociones sobre el modo de creación del derecho consuetudinario»); Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law. The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, pág. 335; Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, págs. 191 a 204; y Jennings, «Customary Law and General Principles of Law as Sources of Space Law», pág. 151.

<sup>252</sup> Guzman, *How International Law Works*, pág. 186. Véase también Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law...», pág. 83 («Es muy tentador hacer que el derecho consuetudinario sea la fuente que aporte, de manera relativamente directa, las respuestas deseadas. En particular, si se puede interpretar el derecho consuetudinario de manera que nos brinde el conjunto relativamente amplio de normas que se aplican a todos los Estados, se puede resolver el debate sobre las fuentes de las normas internacionales de derechos humanos sin mayores problemas. Habida cuenta de la importancia fundamental del componente de derechos humanos en un orden mundial justo, la tentación de adaptar o reinterpretar el concepto de derecho consuetudinario de manera que garantice que aporte las respuestas “correctas” es muy fuerte y, al menos para algunos, irresistible»); y Meron, «International Law in the Age of Human Rights», pág. 377.

<sup>253</sup> Baker, «Legal Recursivity...», pág. 31 (emplea un término «acuñado por el científico social Giovanni Sartori para describir las distorsiones que se producen cuando los conceptos establecidos se introducen a casos nuevos sin la adaptación necesaria correspondiente»); véase también Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 123 (haciendo referencia a la «cada vez mayor blandura conceptual»); Henkin, *International Law: Politics and Values*, pág. 37 («La creación a propósito de costumbre es una innovación radical y ciertamente refleja una concepción radical. Mientras que el derecho se creaba mediante tratados pero crecía por la costumbre, en la actualidad hay una cierta tendencia a tratar a la costumbre como un medio, alternativo a la creación de tratados, para legislar de manera deliberada. Utilizando el concepto de costumbre con ese fin trae consigo la definición tradicional, pero ahora en ocasiones la práctica es la actividad ideada para crear la norma, más que para reflejarla»); y Seibert-Fohr, «Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order», pág. 273 («La pertinencia del derecho internacional consuetudinario depende de la manera estricta en que se apliquen los estándares para asumir la existencia de derecho internacional»).

<sup>254</sup> Cassese, «General Round-Up», pág. 165; véase también Müller-son, «On the Nature and Scope of Customary International Law», pág. 359.



derecho consuetudinario a agentes no estatales, es decir, organizaciones internacionales y sus organismos<sup>255</sup>, así como también a los particulares<sup>256</sup>.

99. Las tentativas de «revisar o “actualizar” la costumbre»<sup>257</sup> han sufrido críticas acerbadas, especialmente por el hecho de que la afirmación de que la «costumbre moderna» no es, en realidad, derecho internacional consuetudinario en absoluto<sup>258</sup>. Los adherentes al criterio

<sup>255</sup> Véase, por ejemplo, Gunning, «Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», págs. 212 y 213 («En particular, al cuestionarse la amplitud de la formulación tradicional de la soberanía nacional, en el presente artículo se examinará la posibilidad de permitir que grupos transnacionales e intergubernamentales tengan una voz en la creación de la costumbre»); Meijers, «On International Customary Law in the Netherlands» («Al igual que una norma de derecho convencional, la norma de derecho consuetudinario se forma en dos etapas. En la primera, los sujetos de derecho internacional, en particular los Estados —y en ocasiones las organizaciones internacionales— desarrollan la norma. En la segunda, la norma se transforma en una norma jurídica» (pág. 80). «[A] menudo las dos etapas se superponen» (pág. 125); y Arajärvi, «From State-Centricism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors», pág. 23 («los agentes no estatales dan forma a la creación internacional del derecho, no solo indirectamente al influir sobre los Estados, sino con una participación directa en el desarrollo de normas consuetudinarias mediante sus propias acciones y declaraciones»).

<sup>256</sup> Véase, por ejemplo, Chen, *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective*, págs. 342 y 346; Ochoa, «The Individual and Customary International Law Formation», pág. 164; y Bederman, *Custom as a Source of Law*, págs. 162 y 163.

<sup>257</sup> Según hacen referencia Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles», pág. 83.

<sup>258</sup> Véase, por ejemplo, Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», pág. 435 («No es esta una simple aceleración del proceso de formación de la costumbre, sino una verdadera revolución en la teoría de la costumbre»); Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 2 («Desde un comienzo [...] debe destacarse en particular que la costumbre internacional, al igual que cualquier costumbre, se basa en la regularidad de la conducta. Un derecho internacional consuetudinario que no se basara en la “costumbre” (*consuetudo*) en el sentido tradicional y literal del término sería simplemente un nombre inexacto»); Jennings, «What is international law and how do we tell it when we see it?», pág. 11 («Tal vez sea el momento de abordar de frente que las pruebas estándar de la costumbre —práctica y *opinio juris*— a menudo no solo son inadecuadas sino irrelevantes para identificar a gran parte del nuevo derecho de hoy día. La razón no es difícil de encontrar: mucho de este nuevo derecho no es costumbre en absoluto, y ni siquiera se parece a la costumbre. Es reciente, es novedoso, entraña decisiones políticas sobre temas de actualidad y a menudo es fuente de controversias. Sería difícil imaginar algo más distinto de la costumbre en su sentido ordinario»); van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 86 («el derecho consuetudinario y la instantaneidad son conceptos irreconciliables. Además, tiene un efecto negativo en el funcionamiento eficaz del derecho internacional como mecanismo de ordenamiento y regulación, ya que diluye el significado de sus fuentes hasta hacerlas prácticamente desaparecer»); Georges Abi-Saab al examinar «Custom» y «Treaties» (en Cassese y Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, pág. 10) («Estamos llamando costumbre a cosas diferentes; mantémos el nombre pero *ampliamos el fenómeno*. [...] De hecho, tenemos un vino nuevo, pero estamos tratando de ponerlo en la vieja botella de la costumbre. En algún momento habrá que tener en cuenta este cambio cualitativo y deberemos reconocer que ya no estamos hablando de la misma fuente, sino que estamos en presencia de una nueva manera de crear derecho»); Kelly, «The Twilight of Customary International Law», pág. 492 («Al redefinir la práctica de los Estados y la *opinio juris*, los nuevos teóricos del derecho internacional consuetudinario están tratando de crear un nuevo proceso de creación del derecho, en vez de utilizar la metodología del derecho consuetudinario»); Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 123 («el nombre “costumbre” quizás se haya vuelto muy estrecho y equívoco cuando se aplica a una serie de fenómenos de la moderna creación del derecho en la sociedad internacional, que se incluyen bajo ese título únicamente porque no existe un fundamento aceptado —nuevo— para la creación del derecho fuera del derecho convencional»);

«tradicional» han destacado además que la promoción de una «nueva especie» de derecho internacional consuetudinario socava la autoridad y persuasión de la costumbre como fuente de derecho internacional<sup>259</sup>, así como la del derecho internacional en su totalidad<sup>260</sup>. Hay quienes han añadido que los criterios «no tradicionales» son analíticamente inestables<sup>261</sup> y representan una «operación dudosa»<sup>262</sup>, de la que también se puede decir que adolece de un importante déficit democrático<sup>263</sup>.

Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship» («[L]os especialistas activistas manipulan el derecho para promover objetivos que no se expresan como derecho internacional positivo» (pág. 152). «La doctrina jurídica internacional, tal como se practica en el clima actual, tiene a “ceder” ante las presiones externas de manera que se falsifica nuestra opinión del derecho internacional positivo al importarse elementos externos» (pág. 157)); Petersen, «Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation». («Por su noción misma, la costumbre exige una *consuetudo*, la existencia de práctica de los Estados» (pág. 282). «Es difícil imaginar un derecho consuetudinario sin costumbre» (pág. 284); Koskeniemi, «Introduction», pág. xxi («En la práctica, “costumbre” ha pasado a ser una categoría genérica para prácticamente todos los estándares vinculantes no provenientes de tratados. [...] Aparentemente, la “costumbre” tiene un origen más legítimo y una aplicación más tangible, aun si varios de los estándares así clasificados como “costumbre” no se pueden ajustar fácilmente a la teoría estándar del surgimiento y la determinación del derecho consuetudinario»); Weisburd, «Customary International Law: The Problem of Treaties», pág. 46 («Las afirmaciones de que la práctica de los Estados es jurídicamente irrelevante son, en realidad, afirmaciones de que hay una manera más fácil de crear derecho internacional sin tener que generar un consenso genuino entre los Estados. No hay una manera más fácil, y el respeto a la verdad nos obliga a reconocer ese hecho»); Charney, «Universal International Law», págs. 543 y 546 (en donde se hace referencia al reciente «método más estructurado» de crear derecho consuetudinario, al decir que ese proceso «difiere significativamente del entendimiento tradicional del proceso consuetudinario de creación del derecho que exige una práctica general a lo largo del tiempo. En consecuencia, quizás sea más exacto llamarlo derecho internacional *general*»); y Cheng, «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World», pág. 548.

<sup>259</sup> Véase, por ejemplo, Estreicher, «Rethinking the Binding Effect of Customary International Law», pág. 15 («al pasar a un derecho internacional consuetudinario de abajo hacia arriba, inspirado por publicistas, cargado de políticas y virtualmente instantáneo, se vuelve especialmente problemática la legitimidad de esa absorción automática [en el derecho interno]»); D’Amato, «Trashing Customary International Law»; y Jennings, «The Identification of International Law», pág. 6.

<sup>260</sup> Véase, por ejemplo, Chodosh, «Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law», pág. 99; van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, pág. 107; Kelly, «The Twilight of Customary International Law», pág. 540; Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», pág. 441 («esta relativización de la normatividad [...] tal vez impida que en definitiva el derecho internacional cumpla lo que han sido desde siempre las funciones que le corresponden»).

<sup>261</sup> Véase, por ejemplo, Postema, «Custom in international law: a normative practice account», págs. 281 y 282.

<sup>262</sup> Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law...», pág. 107; véase también de Lupis, *The Concept of International Law* («En esta obra [...] la noción de “derecho consuetudinario” se rechaza como una ficción nebulosa» (prefacio). «Solo resulta extraño que tantos autores sigan aceptando el vago contorno y el contenido flotante de la noción de “derecho consuetudinario”. Porque, fuera del ámbito de las reclamaciones territoriales por prescripción, no tiene fundamento ni justificación en el derecho internacional público moderno. Se ha vuelto la alfombra bajo la cual se esconden todos los actos o normas no identificados, a menudo con la convicción resultante de que como ahora están tapados por la alfombra, deben ser una forma válida de derecho» (pág. 116)).

<sup>263</sup> Véase, por ejemplo, Bederman, *Custom as a Source of Law*, pág. 145 («El defecto fundamental de la costumbre moderna es que, al encumbrar estándares ideales de conducta del Estado, se ha alejado de la práctica real de los Estados. Si la legitimidad y la transparencia siguen siendo importantes para medir el derecho

100. Si bien algunos autores han descrito los criterios «tradicional» y «no tradicional» del derecho internacional consuetudinario como «un conjunto de criterios opuestos»<sup>264</sup>, otros han tratado de sintetizarlos y reconciliarlos en una tentativa por producir una concepción común o una teoría general de la costumbre<sup>265</sup>. Por más convincentes que sean esas tentativas, las controversias doctrinales en curso y los problemas propios del derecho internacional consuetudinario han llevado a varios juristas internacionales a proclamar que se trata de un «concepto problemático»<sup>266</sup>, «esencialmente disputado» que por el momento sufre una «crisis de identidad»<sup>267</sup>. Además, la inexistencia de una noción compartida de derecho internacional consuetudinario ha contribuido a la crítica de considerar que el derecho internacional consuetudinario

internacional consuetudinario [...] se debe seguir respaldando la concepción tradicional del derecho internacional consuetudinario, aun cuando haya sido capturada de manera imperfecta en la redacción del Artículo 38.1.b); Orrego Vicuña, «Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», pág. 37 (en donde se argumenta que el derecho consuetudinario «moderno» es «un nuevo autoritarismo a resultas de no aplicarse el Estado de derecho»); Goldsmith y Posner, «Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law», pág. 667 (en donde se argumenta que el derecho internacional consuetudinario moderno «carece de antecedentes adecuados en cuanto al consentimiento de los Estados. Su contenido es vago. Además, se lo invoca y emplea de manera oportunista»); Chodosh, «Neither Treaty not...», págs. 104 y 105 (en donde se describe un proceso no democrático, ya que pocos crean normas para muchos); Estreicher, «Rethinking the Binding Effect of Customary International Law», pág. 7 (en donde se describe al derecho internacional consuetudinario «moderno» como «una tentativa de “autores sumamente cualificados de varias naciones” [...] y otros activistas de derecho internacional por ampliar el alcance del derecho internacional a fin de ayudar en el avance de los objetivos políticos, ideológicos o humanitarios particulares del autor»); y Kelly, «The Twilight of Customary International Law», págs. 520 y 521 (en donde se argumenta que la nueva metodología del derecho internacional consuetudinario «no resuelve el “déficit de democracia”. Si bien los Estados pueden consentir en resoluciones abstractas y generales que son simples recomendaciones, no consienten en normas vinculantes ni desempeñan una función en la determinación de qué normas, si las hubiera, de una resolución se deben transformar en obligaciones consuetudinarias vinculantes. [...] La legitimidad democrática exige la participación plena o el consentimiento real [y no se presenta aquí ninguna de esas dos circunstancias]»).

<sup>264</sup> Stein (véase la nota 233 *supra*), pág. 13; véase también, Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, pág. 388; Beckett, *The end of customary international law?: a purposive analysis of structural indeterminacy*, págs. 238 a 258; y Baker, «Legal Recursivity...», pág. 10.

<sup>265</sup> Véase, por ejemplo, Roberts, «Traditional and Modern Approaches...», pág. 767; Lukashuk, «Customary Norms in Contemporary International Law»; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, pág. 100; Seibert-Fohr, «Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order», págs. 272 a 277; Condorelli, «Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law», pág. 148; Tasioulas, «Customary International Law and the Quest for Global Justice», págs. 307 y 320; Goldsmith y Posner, «Understanding the Resemblance...», pág. 672; Voyiakis, «A Theory of Customary International Law», págs. 15 y 16; D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, pág. 145; Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 122; y Worster, «The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches».

<sup>266</sup> Postema, «Custom in international law: a normative practice account», pág. 279.

<sup>267</sup> Simma y Alston, «The Sources of Human Rights Law...», pág. 88. Véase también Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 2; y Kammerhofer, «Uncertainty in the Formal Sources of International Law...», pág. 551.

es un derecho incierto<sup>268</sup>. Algunos autores incluso han afirmado que el derecho internacional consuetudinario «tradicional» o «moderno» sigue siendo una fuente sumamente problemática, si no ilegítima, de derecho internacional que tal vez debería descartarse por completo<sup>269</sup>.

101. Sin embargo, también se ha reconocido ampliamente en la doctrina que el derecho internacional consuetudinario es «el principal material de construcción del derecho internacional general»<sup>270</sup>, y se lo ha defendido persistentemente porque desempeña una función prominente e innegable en la regulación internacional<sup>271</sup>. Algunos

<sup>268</sup> Los argumentos relativos a la incertidumbre se refieren en general a los problemas en determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario o en definir con precisión cuál es su contenido específico (o ambas cosas). Véase, por ejemplo, Kammerhofer, «Uncertainty in the Formal Sources of International Law...», pág. 536 («no podemos saber cabalmente cuáles son las normas de formación de la costumbre ni de qué manera surgen esas normas»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, pág. 351; Guzman, «Saving Customary International Law», pág. 128; Goldsmith y Posner, «Understanding the Resemblance...»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. xiii; Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, pág. 63; y Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, pág. 14.

<sup>269</sup> Véase, por ejemplo, Goldsmith y Posner, «Understanding the Resemblance...» («La falsa promesa es que el derecho internacional consuetudinario —tanto el nuevo como el tradicional— influye en la conducta nacional. En nuestra opinión, el nuevo derecho internacional consuetudinario no es menos coherente ni legítimo que el tradicional» (págs. 640 y 641)). «Negamos que el derecho internacional consuetudinario moderno difiera del tradicional en cuestiones importantes. La diferencia esencial está en el contenido: el viejo se centraba en las relaciones comerciales y militares entre los Estados; el moderno se centra en los derechos humanos. [...] El derecho internacional consuetudinario moderno es en su mayor parte una inspiración, como lo era el tradicional» (pág. 672)); Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 21 («A pesar de las afirmaciones acerca de un derecho consuetudinario “instantáneo”, este modo de creación de derecho informal y no escrito es inherentemente conservador y orientado al pasado, en razón de la *opinio juris*. El derecho internacional consuetudinario permite a los Estados rechazar la regulación mediante tratados y, al mismo tiempo, reclamar los beneficios de las partes de un tratado no ratificado que perciben como deseables»); McGinnis, «The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO», pág. 284 (en donde se hace referencia al derecho internacional consuetudinario como cuerpo de derecho que podría deshacer los cuidadosos compromisos concertados en tratados multilaterales); y Kelly, «The Twilight of Customary International Law», págs. 456 y 500 («[L]as normas sustantivas de tanto el derecho internacional consuetudinario tradicional como el “nuevo” son formas no empíricas de derecho internacional consuetudinario que se deducen de principios subjetivos y, por ende, no tienen la autoridad de la comunidad internacional. [...] La controversia es inevitable porque los elementos de la teoría jurídica del derecho internacional consuetudinario son botellas vacías en que se puede verter la teoría normativa de cada uno del derecho internacional»).

<sup>270</sup> Kuznetsov y Tuzmukhamedov, *International Law – A Russian Introduction*, pág. 77.

<sup>271</sup> Vagts, «International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence»; Sur, *International Law, Power, Security and Justice. Essays on International Law and Relations*, pág. 167; Norman y Trachtman, «The Customary International Law Game»; Swaine, «Rational Custom», pág. 562; Bokor-Szegő, observaciones sobre «Contemporary Role of Customary International Law», en Heere, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, pág. 18; Dugard, *International Law. A South African Perspective*, pág. 26; Chigara, *Legitimacy Deficit in Custom. A Deconstructionist Critique*, 2001, pág. 48; Bishop, «Cours général de droit international public», págs. 220 y 230; Kunz, «The Nature of Customary International Law», pág. 665; Treves, «Customary International Law», págs. 955 y 956, párr. 91; Perreau-Saussine y Murphy, «The character of customary law: an introduction», pág. 8; Guzman y Meyer,

(Continuación en la página siguiente.)

autores destacan que es precisamente su flexibilidad lo que lo convierte en una fuente valiosa de derecho internacional<sup>272</sup> y sugieren que los problemas para determinar

(Continuación de la nota 241.)

«Customary International Law in the 21st Century», pág. 197; Guzman, «Saving Customary International Law», págs. 116 y 119 a 121, y 175; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», pág. 265; Seibert-Fohr, «Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order», pág. 271; Mendelson, «The Formation of Customary International Law», pág. 169; Schwarzenberger, «International *Jus Cogens*?», pág. 476; y Orrego Vicuña, «Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?», pág. 38.

<sup>272</sup> Véase, Pearce, «Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth», pág. 125; Bederman, «Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law», págs. 41 a 43. Esa posición también fue manifestada en el 64.º período de sesiones de la Comisión por el Sr. Murase, que dijo que la ambigüedad es la esencia y, probablemente, la razón de ser del derecho consuetudinario, que es útil porque es ambiguo (*Anuario... 2012*, vol. I, 3148.ª sesión).

la existencia de una norma no son únicos del derecho internacional consuetudinario<sup>273</sup>. Los especialistas siguen debatiendo el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que esos debates habrán de continuar<sup>274</sup>.

<sup>273</sup> Véase, por ejemplo, Brownlie, «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», pág. 68 («Creo que el problema más importante en la actualidad es antiguo: la determinación del derecho es difícil. Aun cuando se haya concertado un tratado, es necesario determinar el significado de un texto en particular; tal vez el tratado tenga 20 años de existencia, pero todavía no ha sido interpretado por los tribunales y todavía queda por determinar el derecho. Se tiene la curiosa tendencia a pensar que, de encontrarse la fórmula o la norma correcta, de repente nos resultaría más sencillo determinar el derecho. Considero que eso es bastante poco realista»).

<sup>274</sup> Véase, por ejemplo, Klabbbers, «The Curious Condition of Custom», pág. 37; Fidler, «Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law», pág. 199; y Kolb, «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», pág. 119.

## CAPÍTULO IV

### Programa de trabajo futuro

102. En su segundo informe, en 2014, el Relator Especial se propone comenzar el debate respecto de los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, la práctica de los Estados y la *opinio juris*, y la relación que existe entre ellos. Otros asuntos que habrán de examinarse serán los efectos de los tratados en el derecho internacional consuetudinario y la función de las organizaciones internacionales. En el tercer informe, en 2015, se continuará ese debate a la luz de los progresos en el tema, y también se abordarán con más detalle algunos

aspectos particulares, como la norma del «objeto persistente» y el derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional». En esos informes segundo y tercero se propondrán una serie de proyectos de conclusión para su consideración por la Comisión. El Relator Especial prevé preparar un informe final en 2016, con un proyecto revisado de conclusiones y comentarios que tengan en cuenta los debates en la Comisión de Derecho Internacional, los debates en la Sexta Comisión y otras reacciones a la labor a medida que esta progrese.

# FORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/659

**Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional  
que podrían ser de particular interés para el tema**

**Memorando de la Secretaría**

[Original: inglés]  
[14 de marzo de 2013]

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	157
Resumen.....	158
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	158
A. Codificación y desarrollo progresivo.....	159
B. Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario.....	160
<i>Capítulo</i>	
I. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO Y SU PROCESO DE FORMACIÓN .....	160
A. Enfoque general.....	160
B. Práctica de los Estados .....	161
1. Caracterización por la Comisión de la práctica de los Estados .....	161
2. Material utilizado por la Comisión para evaluar la práctica de los Estados.....	164
Observación 7 .....	164
C. El denominado elemento subjetivo ( <i>opinio juris sive necessitatis</i> ).....	166
1. Caracterización del elemento subjetivo por parte de la Comisión .....	166
2. Materiales en los que se ha basado la Comisión para determinar el elemento subjetivo.....	168
D. Pertinencia de la práctica de organizaciones internacionales.....	169
E. Pertinencia de las decisiones judiciales y la doctrina.....	170
II. LA OPERACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL.....	172
A. La naturaleza vinculante y las características del derecho internacional consuetudinario.....	172
B. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados.....	174
C. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y el «derecho internacional general».....	176

### Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

*Fuente*

Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre  
(La Haya, 29 de julio de 1899)

James Brown Scott (ed.), *Las  
Convenciones y Declaraciones de  
La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York,  
Oxford University Press, 1916, pág. 100.

Fuente

Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibíd.
Acuerdo en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n.º 251, pág. 279.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 115.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
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.

## Resumen

Este memorando fue preparado en respuesta a una solicitud formulada por la Comisión de Derecho Internacional en su 64.º período de sesiones (2012). En él se pretenden distinguir elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podrían ser de particular interés para el tema titulado «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario».

Después de examinar en la introducción algunas cuestiones preliminares en relación con el mandato de la Comisión y su labor anterior sobre el tema titulado «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario», el memorando se refiere al enfoque de la Comisión a los efectos de la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación, para la cual se concentra en: *a)* el enfoque general de la Comisión; *b)* la práctica de los Estados; *c)* el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*); *d)* la pertinencia de la práctica de las organizaciones internacionales; y *e)* la pertinencia de los pronunciamientos judiciales y de los escritos de los publicistas.

En el memorando se ofrece una visión general de la interpretación que hace la Comisión de ciertos aspectos del funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional. Esos aspectos se refieren al carácter vinculante y a las características de las normas del derecho internacional consuetudinario —incluidas las normas regionales, las normas por las que se establecen obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*—, así como a la relación del derecho internacional consuetudinario con los tratados y con el «derecho internacional general».

## Introducción

1. En su 63.º período de sesiones, en 2011, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema titulado «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo a largo plazo<sup>1</sup>. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo actual y designó al Sr. Michael Wood, Relator Especial<sup>2</sup>. También en ese período de sesiones, la Comisión pidió que la Secretaría preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema<sup>3</sup>. En atención a esa solicitud, la Secretaría ha emprendido un examen de la labor de la Comisión desde 1949 con el fin de delimitar los aspectos más pertinentes para el derecho internacional

consuetudinario. A este respecto, la Secretaría se ha centrado básicamente en aspectos de la labor de la Comisión que son directamente pertinentes para interpretar el concepto de derecho internacional consuetudinario, el modo en que surgen las normas consuetudinarias y en que estas deben delimitarse y la forma en que opera el derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional. Esos aspectos de la labor de la Comisión que la Secretaría considera especialmente pertinentes para el tema actual se recogen en estas páginas en forma de observaciones y, cuando se considera apropiado, como notas explicativas.

2. En la preparación de este memorando, la Secretaría se basó en las preguntas y cuestiones consideradas pertinentes para el tema en dos documentos preliminares preparados por el Sr. Wood<sup>4</sup> y en el debate inicial sobre el tema durante el 64.º período de sesiones de la Comisión,

<sup>1</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367. En su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2012, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (párr. 7).

<sup>2</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 19.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, párr. 159.

<sup>4</sup> Véanse *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo I y *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653.

en 2012<sup>5</sup>. El memorando está estructurado para recoger aspectos de la labor de la Comisión relacionados con la delimitación del derecho internacional consuetudinario y el proceso de su formación y con el funcionamiento del derecho consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico internacional.

3. Es importante destacar antes que nada que las observaciones que figuran más abajo se hacen eco de un examen sistemático de únicamente determinados componentes de la labor de la Comisión. Habida cuenta del mandato y de los métodos de trabajo de la Comisión, numerosos componentes de su labor —incluidos los informes de los Relatores Especiales y de los debates generales en el plenario— podrían tener especial importancia para el presente memorando y el tema sobre el que versa. No obstante, a fin de ultimar el memorando lo antes posible, la Secretaría ha limitado en buena medida su examen a la versión final de los proyectos aprobados por la Comisión sobre los diferentes temas que esta ha examinado hasta el momento, junto con los correspondientes comentarios<sup>6</sup>. Las versiones finales de tales proyectos y de los comentarios se consideraba que eran las que mejor mostraban el enfoque colectivo de la Comisión respecto del derecho internacional consuetudinario.

#### A. Codificación y desarrollo progresivo

4. Antes de pasar a las observaciones, es útil examinar brevemente algunas cuestiones preliminares relacionadas con la labor anterior de la Comisión sobre el derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, el estudio de esa labor inevitablemente centra la atención en la distinción entre la labor de la Comisión relacionada con la «codificación» y el «desarrollo progresivo».

5. En relación con la codificación, está claro que el derecho internacional consuetudinario ha desempeñado un importante papel en la labor de la Comisión. En el Estatuto de la Comisión, por «codificación del derecho internacional» se entiende «la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas»<sup>7</sup> (art. 15). Además, el Estatuto encomienda a la Comisión la codificación del derecho internacional mediante la preparación de proyectos en forma de artículos, junto con un comentario que contenga una «presentación adecuada de los precedentes y otros datos pertinentes, con inclusión de tratados, sentencias judiciales y doctrinas» (art. 20, apdo. a), junto con conclusiones en que se defina, por una parte, el «grado de acuerdo existente sobre cada punto, en la práctica de los Estados y en la doctrina» (art. 20, apdo. b, inc. i) y, por otra, las «divergencias y los desacuerdos que subsistan, así como los argumentos invocados en apoyo de una u otra tesis» (art. 20, apdo. b, inc. ii)).

6. Sin embargo, el mandato de la Comisión no se limita a la codificación de las normas internacionales vigentes.

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 169 a 202.

<sup>6</sup> También se incluye en el examen el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros y sus comentarios (ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/651), aprobado por la Comisión en primera lectura en su 64.º período de sesiones (2012).

<sup>7</sup> Resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

La Comisión también tiene encomendada la tarea de proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional, que, según el artículo 15 de su Estatuto, consiste en «la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas».

7. Así pues, la codificación y el desarrollo progresivo fueron contemplados en el Estatuto como conceptos diferentes, aunque los redactores reconocieron que ambos conceptos no serían forzosamente excluyentes entre sí (la sistematización del derecho vigente puede llevar a la conclusión de que debería proponerse la adopción de una nueva norma por los Estados)<sup>8</sup>. Además, la Comisión ha evitado sistemáticamente una categorización fundamental de un determinado tema, considerándolo exclusivamente un proceso de codificación o desarrollo progresivo<sup>9</sup>. Por otra parte, la Comisión ha indicado que las «distinciones establecidas en su estatuto entre los dos procesos han resultado inviables y podrían eliminarse en cualquier revisión del estatuto»<sup>10</sup>.

8. En varias ocasiones, en relación con la formulación de normas concretas, la Comisión ha distinguido claramente entre su labor relativa a la codificación y su labor relativa al desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>11</sup>. No obstante, en muchas otras ocasiones la Comisión

<sup>8</sup> Véase el informe de la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Sexta Comisión, anexo 1*, párr. 7.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 72 («La Comisión desea indicar que considera que sus trabajos sobre las cláusulas de la nación más favorecida constituyen tanto codificación como desarrollo progresivo del derecho internacional en el sentido en que se definen estos conceptos en el artículo 15 del Estatuto de la Comisión. Los artículos que ha formulado contienen elementos de desarrollo progresivo así como elementos de codificación del derecho y, como en varios proyectos anteriores, no cabe determinar a qué categoría corresponde cada disposición»). Véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 7.ª ed., 2007, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.07.V.9, vol. I, pág. 53.

<sup>10</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 147, apdo. a. Véase también ibíd., págs. 94 y 95, párrs. 156 a 159 (donde se indica que «sería simplificar decir que la diferencia entre desarrollo progresivo y codificación tiene que ver en particular con la elaboración de convenciones» (párr. 156) y, «por tanto, la Comisión ha partido inevitablemente de la base de una idea compuesta de “codificación y desarrollo progresivo”» (párr. 157)).

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 54 («la Comisión ha advertido que el funcionamiento de la cláusula [de la nación más favorecida] en la esfera de las relaciones económicas, en particular en lo que se refiere a los países en desarrollo, no es una cuestión que se preste fácilmente a la codificación del derecho internacional en el sentido en que la entiende el Estatuto de la Comisión, ya que los elementos que para ese proceso requiere [...], a saber, la existencia de amplia práctica de los Estados, precedentes y doctrinas, no se disciernen claramente»); proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párr. 2 del comentario del artículo 5 (donde se indica que la práctica de los Estados y la doctrina no son claras y, por eso, se ha elaborado la norma como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional); ibíd., pág. 38, párr. 2 del comentario del artículo 8 («El proyecto de artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, se aparta de la norma tradicional»); e ibíd., pág. 59, párr. 3 del comentario del artículo 19 («Si se entiende que el derecho internacional consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado a del proyecto de artículo 19 debe considerarse como

no ha indicado si el hecho de que contemplase una norma concreta se enmarcaba dentro de la codificación o del desarrollo progresivo<sup>12</sup>. Además, independientemente de si ha considerado o no que una determinada norma entra dentro de alguna categoría, la Comisión frecuentemente no ha empleado términos que darían lugar a que su análisis fuese totalmente pertinente para el derecho consuetudinario. Así pues, el enfoque de la Secretaría ha consistido en incluir en el presente memorando los elementos de la labor de la Comisión que parecen constituir un esfuerzo para determinar o evaluar la posible existencia o el posible surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario.

## B. Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario

9. No es la primera vez que el tema titulado «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario»

(Continuación de la nota 11.)

un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho»; Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 1 del comentario de la directriz 1.2.1 (donde se indica que la directriz «constituye, sin embargo, un elemento de desarrollo progresivo del derecho internacional, dado que no existe ningún precedente claro al respecto»); el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 5 del comentario del artículo 23 («Por consiguiente, el párrafo 2 del proyecto de artículo 23 corresponde a la esfera del desarrollo progresivo en dos aspectos»); *ibíd.*, párr. 1 del comentario del artículo 27 («El proyecto de artículo 27 [...] corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional»); e *ibíd.*, párr. 1 del comentario del artículo 29 («El proyecto de artículo 29 reconoce, a título de desarrollo progresivo y cuando se reúnan determinadas condiciones, un derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita»). Véase también *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, párr. 5 del comentario general («El hecho de que varios de estos proyectos de artículos se basen en prácticas limitadas desplaza la frontera entre la codificación y el desarrollo progresivo hacia este último»).

<sup>12</sup> Ciertamente la Comisión incluso ha señalado que no considera necesario delimitar el rango jurídico de una determinada norma; véase, por ejemplo, el párrafo 8 del comentario del artículo 68 del proyecto de artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 295 («La Comisión no cree necesario extenderse más sobre la cuestión de la naturaleza y del fundamento jurídico de los derechos soberanos reconocidos al Estado ribereño [sobre la plataforma continental]. [...] Todas estas consideraciones de utilidad general bastan para constituir el fundamento del principio de los derechos soberanos del Estado ribereño, tal como está actualmente formulado por la Comisión»).

es abordado por la Comisión como tema directamente relacionado con la documentación del derecho internacional consuetudinario. Después de su segundo período de sesiones, y sobre la base de un documento de trabajo preparado por el Sr. Manley O. Hudson sobre el tema<sup>13</sup>, la Comisión presentó un informe en 1950 a la Asamblea General sobre el tema titulado «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario»<sup>14</sup>. Ese informe constituyó la respuesta directa al artículo 24 del Estatuto de la Comisión<sup>15</sup>.

10. La aplicación por la Comisión del artículo 24 fue, en gran medida, conceptualmente distinta del tema que se examina aquí. El informe de la Comisión, centrado primordialmente en la disponibilidad y accesibilidad del material pertinente para la documentación del derecho consuetudinario, señaló las recopilaciones de textos existentes y el material jurídico internacional y dio a entender que la Secretaría preparaba ciertas publicaciones para que aumentase la disponibilidad de la documentación que pudiese ser pertinente para la costumbre internacional<sup>16</sup>.

11. No obstante, el informe de la Comisión también se ocupó someramente del alcance del derecho internacional consuetudinario<sup>17</sup>. La Comisión consideró especialmente pertinente para el tema que se examinaba, entre otras cosas, que la formulación convencional del derecho internacional por ciertos Estados se utilizase frecuentemente como base para determinar la existencia del derecho internacional consuetudinario y que la «documentación de la práctica de los Estados ha de buscarse en diversos tipos de material»<sup>18</sup>. Esas conclusiones y otros aspectos destacados del análisis de la Comisión se examinarán de nuevo como parte de las observaciones que figuran más abajo.

<sup>13</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/16 y Add.1, pág. 24.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, vol. II, págs. 367 y ss., párrs. 24 a 94.

<sup>15</sup> El artículo 24 del Estatuto de la Comisión dispone que «[l]a Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General».

<sup>16</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, págs. 368 a 374.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, págs. 367 y ss., párrs. 24 y ss.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pág. 368, párr. 31.

## CAPÍTULO I

### La identificación del derecho internacional consuetudinario y su proceso de formación

12. El presente capítulo detalla las observaciones relacionadas con el enfoque de la Comisión respecto de la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario y el proceso que da lugar a su formación. El capítulo comienza con observaciones sobre el enfoque general de la Comisión respecto de la determinación de las normas consuetudinarias y continúa con observaciones relacionadas con la práctica de los Estados, el denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*) y la pertinencia de la práctica de las organizaciones

internacionales y los pronunciamientos judiciales y los escritos de los publicistas.

#### A. Enfoque general

##### Observación 1

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha realizado frecuentemente un estudio de toda la

documentación disponible sobre la práctica general de los Estados, así como sobre sus actitudes o posiciones, a menudo poniéndola en relación con los fallos de los tribunales internacionales y la doctrina<sup>19</sup>.

13. El comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación constituye un ejemplo del enfoque de la Comisión:

Como se desprende del análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho, en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en particular las disposiciones de los tratados, la posición adoptada por los Estados en litigios concretos, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, las formulaciones del derecho preparadas por organismos intergubernamentales y no gubernamentales, las opiniones de prestigiosos tratadistas y las decisiones de los tribunales nacionales en casos similares), la doctrina de la utilización equitativa como principio general del derecho [...] ha obtenido un apoyo abrumador<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Al hacerlo, la Comisión se ha basado en diferente material, del que figura *infra* una lista ilustrativa en las secciones B y C del presente capítulo. Véase también, por ejemplo, el comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 216, párr. 18 del comentario (después de haber revisado diferente material, la Comisión consideró que un «Estado de reciente independencia no está obligado *ipso jure* a suceder en los tratados de su predecesor»). En algunas ocasiones, también se han utilizado consideraciones de lógica o de equidad por la Comisión para determinar ciertas normas; véase, por ejemplo, el párrafo 2 del comentario del artículo 36 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 332 (evaluación de la práctica pertinente corroborada por analogía entre las prerrogativas e inmunidades de los agentes diplomáticos y las de los representantes permanentes, así como sus respectivos familiares y su personal); y el párrafo 2 del comentario del artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117 («El artículo 39 reconoce que el comportamiento del Estado lesionado o de cualquier persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. Esto corresponde al principio de que el perjuicio que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito conlleva la reparación íntegra, pero nada más. También está en consonancia con la equidad en el trato del Estado responsable y de la víctima de la infracción»). En ciertos casos, el recurso a la analogía parecería haber emanado de la determinación de la Comisión según la cual era escasa la práctica disponible; véanse, por ejemplo, las siguientes observaciones formuladas en el párrafo 2 del comentario al título del capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte): «También en lo que se refiere a las circunstancias que excluyen la ilicitud, la práctica existente relativa a las organizaciones internacionales es escasa. Además, es poco probable que se den determinadas circunstancias en relación con algunas, ni siquiera la mayoría, de las organizaciones internacionales. No obstante, hay escasos motivos para sostener que las circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento de los Estados no son pertinentes también en el caso de las organizaciones internacionales como, por ejemplo, solo los Estados pueden invocar la fuerza mayor. Esto no significa que haya que presumir que las condiciones en que una organización podrá invocar una circunstancia determinada que excluye la ilicitud sean las mismas que las aplicables a los Estados».

<sup>20</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 10 del comentario al proyecto de artículo 5. Véase también el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párrs. 3 a 6 del comentario del artículo 7, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48 (se recurre al examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y los escritos de los juristas para averiguar si se ha establecido una norma); y párr. 12 del comentario del artículo 10, *ibíd.*, pág. 53 («Los laudos arbitrales, junto con la práctica de los Estados y la doctrina, indican que se aceptan en general las dos normas sobre atribución positiva que figuran en el artículo 10») (véanse también los párrafos 13 y 14, *ibíd.*,

14. El ejemplo expuesto más arriba sirve para mostrar que la Comisión frecuentemente no ha distinguido claramente en sus comentarios entre el material en que se basa para determinar la práctica general de los Estados y el material en que se basa para determinar las actitudes o posiciones de los Estados en relación con una norma<sup>21</sup>. Conviene asimismo destacar que la Comisión ha reconocido que las diferentes fuentes mencionadas en relación con la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario no tienen el mismo valor jurídico<sup>22</sup>.

15. En otras ocasiones, sin embargo, la Comisión ha considerado que una norma se encontraba corroborada por la práctica de los Estados sin incluir en los comentarios la documentación de un estudio sistemático<sup>23</sup>.

pág. 54); los párrafos 24 y 25 del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 43 (donde se determina que la norma formulada en el artículo tiene su precedente en un estudio de fuentes que incluía fallos judiciales, legislación nacional y práctica de tratados); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, párrs. 10 a 18 del comentario del artículo 12, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 200 a 202 (donde se emprende un examen de la práctica estatal, las controversias fronterizas y la práctica convencional para determinar la existencia de una norma general); y párrs. 2 a 4 del comentario del artículo 15, *ibíd.*, págs. 212 y 213 (donde se examinan la práctica de los Estados, las opiniones jurídicas de la Secretaría, la práctica de los depositarios y los escritos de los juristas a los efectos de determinar la existencia de una norma general); el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 269 a 271, párrs. 1 y 8 del artículo 49 (donde se recurre a la Carta de las Naciones Unidas y su práctica, así como a la opinión de una gran mayoría de abogados internacionales a los efectos de examinar la existencia de una norma consuetudinaria); y párr. 2 del comentario al artículo 25, *ibíd.*, pág. 234 («La práctica de los Estados, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y los escritos de los juristas parecen confirmar [...] [que] en el presente artículo se enuncia esa norma»).

<sup>21</sup> Para un examen más detallado del modo en que la Comisión aborda la cuestión de la práctica general de los Estados y las actitudes o posiciones de los Estados respecto de una norma, véanse *infra* las secciones B y C del presente capítulo. Véanse también el párrafo 13 *in fine* del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 57 (donde se llega a la conclusión de que «Las normas establecidas [...] están corroboradas por la práctica estatal, tanto judicial como legislativa y gubernamental, así como por los tratados multilaterales y bilaterales», sin realizar un análisis separado en el comentario sobre la práctica y la actitud de los Estados); los párrafos 11 a 21 del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 34 a 36 (donde se exponen ejemplos demostrativos y se llega a la conclusión de que toda norma se basa en la práctica estatal, los fallos judiciales y la teoría jurídica, sin distinguir entre el material utilizado para llegar a su conclusión respecto de la práctica, las actitudes o las posiciones del Estado).

<sup>22</sup> Véase el párrafo 24 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 107 («El precedente análisis de textos jurídicos, aunque necesariamente breve, refleja la tendencia de la práctica y la doctrina en la materia. Hay que reconocer que las fuentes citadas no tienen todas jurídicamente el mismo valor. Sin embargo, el análisis constituye un indicio del amplio y constante apoyo que han recibido las normas enunciadas en el artículo 5»).

<sup>23</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 272, párr. 1 del comentario del artículo 22 (donde se señala simplemente que las reglas «corresponden a la práctica preponderante de los Estados», sin explicar más en el comentario); e *ibíd.*, pág. 276, comentario del artículo 32 (donde se considera que el principio de la inmunidad de los buques de guerra prevista en el párrafo 1 se acepta generalmente en el derecho internacional,

(Continuación en la página siguiente.)



## B. Práctica de los Estados

## Observación 3

16. A los efectos de determinar las normas de derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha reconocido que la práctica de los Estados desempeña un papel destacado<sup>24</sup>. En esta sección se intenta ofrecer una visión general del modo en que la Comisión ha caracterizado y evaluado la práctica de los Estados, así como del material utilizado por la Comisión en su análisis.

### 1. CARACTERIZACIÓN POR LA COMISIÓN DE LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

#### Observación 2

La uniformidad de la práctica de los Estados ha sido considerada clave por la Comisión para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario.

17. En varias ocasiones, la Comisión ha considerado que existía la uniformidad requerida en la práctica de los Estados a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>25</sup>. Por el contrario, en algunas ocasiones se ha considerado que la falta de uniformidad impedía la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>26</sup>.

(Continuación de la nota 23.)

sin proporcionar ningún estudio documental); y párr. 2 del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 115 (donde se llega a la conclusión de que «según una práctica muy común, los cónsules de carrera tienen precedencia sobre los cónsules honorarios», sin referirse a ninguna fuente en el comentario) (véase también el párrafo 2). No obstante, debe mencionarse que, en algunos de los casos en que no existe documentación de un examen sistemático en los comentarios de la Comisión, bien puede indicarse que se ha realizado ese examen en los informes de los Relatores Especiales o los estudios de la Secretaría.

<sup>24</sup> No obstante, es de destacar que la Comisión ha considerado que la mera ausencia de práctica no excluye necesariamente la existencia de un derecho o de una facultad con arreglo al derecho internacional consuetudinario general; véase el párrafo 2 del comentario del artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte) («De hecho, la práctica no ofrece ejemplos de contramedidas tomadas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados contra una organización internacional responsable. Por otro lado, en el contexto de los pocos casos en que un Estado no lesionado o una organización internacional no lesionada habrían podido tomar contramedidas contra una organización internacional, la ausencia de práctica en materia de contramedidas no puede llevar a la conclusión de que la adopción de contramedidas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados sería inadmisibles»).

<sup>25</sup> Véanse el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 111, párr. 1 del artículo 9 («Actualmente, la práctica de los Estados, según se deduce de su legislación nacional y de las convenciones internacionales, permite comprobar que existe una uniformidad suficientemente grande en cuanto a las cuatro clases mencionadas en el artículo 9 de modo que resulta posible proceder a la codificación de las clases de jefes de oficina consular»); e *ibid.*, pág. 115, párrs. 1 («Según se ha informado a la Comisión, la práctica permite observar ciertos usos uniformes que el presente artículo se propone codificar») y 2 («Al parecer, según una práctica muy común, los cónsules de carrera tienen precedencia sobre los cónsules honorarios») del comentario del artículo 16. Véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párrs. 8 («La nulidad de una reserva sustantivamente inválida no es en absoluto una cuestión de *lex ferenda*; está sólidamente arraigada en la práctica de los Estados») y 23 («La práctica de los Estados es muy abundante —y esencialmente homogénea— y no se limita a Estados concretos») del comentario de la directriz 4.5.1.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 4 del comentario del artículo 35 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales, *Anuario... 1967*,

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.

18. En varias ocasiones, la Comisión ha considerado que la generalidad requerida respecto de la práctica de los Estados existía a los efectos de la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>27</sup>. Por el

vol. II, pág. 378 («La Comisión ha comprobado, sin embargo, que esos artículos [de consumo] son objeto de reglamentaciones aduaneras complejas, que varían de un Estado a otro, y que no parece haber una norma jurídica universal al respecto»); el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 101, párr. 2 del comentario del artículo 17 («la práctica [...] no es la misma en todos los Estados [...] La materia no se presta a una reglamentación demasiado rígida»); e *ibid.*, pág. 109, párr. 2 del artículo 36 («Es práctica general conceder a los miembros del personal diplomático de una misión los mismos privilegios e inmunidades que al jefe de la misión, y no se pone en tela de juicio que esta sea una norma de derecho internacional. Pero aparte de esto no hay uniformidad en la práctica de los Estados en cuanto a las categorías de personal de una misión que gozan de privilegios e inmunidades. [...] Por todo ello, no se puede afirmar que exista una norma de derecho internacional en la materia, fuera de la mencionada»); el proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 261, art. 3, párr. 2 («La Comisión reconoce que la práctica internacional no es uniforme por lo que respecta a la delimitación del mar territorial»); e *ibid.*, pág. 262, y párr. 2 del comentario del artículo 4 («La expresión tradicional, “faja de la bajamar”, puede tener distintos sentidos; existen varios criterios que, en la práctica de los Estados, sirven para determinarla»); el párrafo 18 del comentario del artículo 14 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 42 («La práctica de los Estados relativa a la moneda no es uniforme, aunque es un principio firmemente establecido el de que el privilegio de emisión pertenece al Estado sucesor»); el párrafo 9 del comentario del artículo 11 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 113 (donde se indica que el derecho «universalmente reconocido» del Estado de recepción a denegar el exequátur está implícitamente reconocido en el artículo, si bien se destaca que, «pues como la práctica de los Estados es diversa y contradictoria, no es posible deducir la existencia de una regla que imponga a los Estados la obligación de explicar los motivos de su decisión en esos casos») (véase también el párrafo 8); el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 1 del comentario al artículo 27 («La Comisión considera, en efecto, que la práctica de los Estados en esta materia no es suficientemente uniforme y convergente para servir de base, en el derecho existente, a una norma de derecho internacional general que prevea el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión»); e *ibid.*, párr. 1 del comentario al artículo 29 («Aunque puede observarse que semejante derecho está reconocido —en condiciones variables— en la legislación de algunos Estados e incluso en el plano internacional, la práctica no parece ser suficientemente convergente para que se pueda afirmar la existencia, en derecho positivo, de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita»).

<sup>27</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 105, párr. 1 del comentario del artículo 3 («La norma enunciada en este artículo corresponde a la práctica general según la cual las misiones diplomáticas ejercen funciones consulares»); e *ibid.*, pág. 134, párr. 1 del comentario del artículo 49 (donde se indica que la documentación de «una práctica muy generalizada [...] puede decirse que [...] refleja la costumbre internacional»); la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párrs. 8 («La nulidad de una reserva sustantivamente inválida no es en absoluto una cuestión de *lex ferenda*; está sólidamente arraigada en la práctica de los Estados») y 23 («La práctica de los Estados es muy abundante —y esencialmente homogénea— y no se limita a Estados concretos») del comentario a la directriz 4.5.1; el párrafo 1 del comentario del artículo 32 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 107 («En todos los países, el agente diplomático está exento de ciertos impuestos y gravámenes, y aunque el grado de exención varía

contrario, la falta de generalidad en la práctica de los Estados se ha considerado que impide la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario<sup>28</sup>. No obstante, en determinadas ocasiones relacionadas con la determinación de las normas que rigen situaciones surgidas en un reducido número de casos, como el derecho sobre la sucesión de Estados, la Comisión ha recurrido en buena medida a la práctica de los Estados afectados por tales casos a fin de determinar o formular una norma general<sup>29</sup>.

19. En otros casos, la Comisión ha considerado que la especialidad del comportamiento del Estado o una determinada circunstancia menoscababa su valor probatorio a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>30</sup>.

según los países, se puede considerar como una norma de derecho internacional que la exención existe, con ciertas excepciones»; el párrafo 1 del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 272 («Ha considerado que estas reglas corresponden a la práctica preponderante de los Estados y ha redactado el artículo 22 en este sentido»); y el párrafo 105 del comentario del principio IV de los Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 375 (donde se indica que se observa un principio con diferente graduación en el derecho penal de la mayoría de las naciones). El texto de los Principios se reproduce en español en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45.

<sup>28</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 147, párr. 3 del comentario al artículo 54 («La práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria»); e *ibíd.*, pág. 149, párr. 6 del comentario al mismo artículo («Como muestra este análisis, el estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados»); el párrafo 13 del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 56 y 57 (donde se indica que la práctica encontrada en los sistemas de *common law* no debe ser considerada una «práctica universalmente aplicable»); y la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 4 del comentario de la directriz 2.6.10 («La práctica de los Estados en materia de confirmación de objeciones es escasa e incierta»).

<sup>29</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 194, párr. 18 del comentario al artículo 9 (donde se determina una norma de alcance general sobre la base de la práctica de ciertos Estados de reciente independencia); e *ibíd.*, págs. 261 y 262, párr. 26 del comentario al artículo 32 (donde se recurre a la práctica limitada de algunos Estados unificados para formular una norma general); véase también el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 6 del comentario del artículo 5 (donde se recurre a la práctica limitada de los tribunales internacionales para reafirmar una «norma vigente de derecho internacional») (véanse también los párrafos 4 y 5 del mismo comentario); y pág. 27 y 28, párrs. 1 a 3 del comentario del artículo 6 (donde se recurre a una limitada jurisprudencia nacional e internacional para confirmar un principio).

<sup>30</sup> Véanse el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 234, párr. 7 del comentario al artículo 21 («Pero el caso de los antiguos Dominios británicos era muy poco corriente, debido tanto a las circunstancias en que obtuvieron la independencia como a su relación especial con la Corona británica en aquel momento. Por ello, no se debe extraer de esos casos ninguna conclusión general»); *ibíd.*, pág. 253, párr. 7 del comentario del artículo 29 (donde se indica que las circunstancias de una federación eran «algo especiales» y, por eso, «no se considera un precedente útil para deducir conclusiones generales»); e *ibíd.*, pág. 266, párr. 11 del comentario del artículo 34 («se considera que las circunstancias de esta federación sumamente efímera son demasiado especiales para que puedan constituir un precedente del que quepa extraer una

#### Observación 4

La Comisión ha utilizado diferentes términos para determinar si la práctica de un Estado se ajusta a los requisitos de uniformidad o generalidad.

20. Esos términos incluyen los siguientes: «práctica [con] uniformidad»<sup>31</sup>, «práctica general»<sup>32</sup>, «práctica muy generalizada»<sup>33</sup>, norma «ampliamente respetada en la práctica»<sup>34</sup>, «práctica muy extendida y firmemente establecida»<sup>35</sup>, práctica «bien arraigada»<sup>36</sup>, «consagrada en la práctica»<sup>37</sup>, práctica «sólidamente arraigada»<sup>38</sup>, «práctica establecida»<sup>39</sup>, «práctica arraigada»<sup>40</sup>, «práctica

norma general»); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 4 del comentario del artículo 8 (donde se señala que «no se pueden deducir criterios de aplicación general de», entre otras cosas, «las dos resoluciones de la Asamblea General, aprobadas en aplicación de un tratado y que se refieren exclusivamente a situaciones particulares»); e *ibíd.*, pág. 34, párr. 13 del comentario del artículo 13 (donde se omiten dos casos porque «no son bastante explicativos,» dado que su aplicación de un principio general «se debe a otras causas particulares y específicas»).

<sup>31</sup> Proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 111, párr. 1 del comentario del artículo 9 (donde se menciona la «uniformidad» en la práctica de los Estados); véase también el párrafo 2 del comentario del artículo 36 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 109 («Pero aparte de esto no hay uniformidad en la práctica de los Estados»); el proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 261, párr. 2 del comentario del artículo 3 («la práctica internacional no era uniforme»); e *ibíd.*, pág. 262, párr. 7 del comentario del artículo 3 («hay una gran divergencia en la práctica internacional»).

<sup>32</sup> Proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 105, párr. 1 del comentario del artículo 3; véase también el párrafo 6 del comentario del artículo 22 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 237; y el párrafo 2 del comentario del artículo 52 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 250.

<sup>33</sup> Proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 134, párr. 1 del comentario del artículo 49; véase también *ibíd.*, pág. 115, párr. 2 del comentario del artículo 16 y pág. 128, párr. 2 del comentario del artículo 41.

<sup>34</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 2 del comentario de la directriz 2.3.

<sup>35</sup> Proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 314 y 315, párr. 1 del comentario del artículo 8.

<sup>36</sup> Por ejemplo, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 3 del comentario de la directriz 1.8; párr. 12 del comentario de la directriz 3.1.5.3; y el párrafo 4 *in fine* del comentario del artículo 50 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 340 («práctica bien establecida»).

<sup>37</sup> Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 34, párr. 12 del comentario del artículo 13.

<sup>38</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 8 del comentario de la directriz 4.5.1.

<sup>39</sup> Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 1 del comentario del artículo 21.

<sup>40</sup> Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párr. 8 del comentario al artículo 19 («Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto [...] esto no constituye probablemente una práctica arraigada»).

preponderante de los Estados»<sup>41</sup> o «peso en la práctica de los Estados»<sup>42</sup>.

### Observación 5

Cuando había un elemento o característica común<sup>43</sup> subyacente en la práctica internacional, el hecho de que existiese cierta variabilidad en la práctica frecuentemente no ha impedido que la Comisión determine la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>44</sup>.

21. Por ejemplo, en el comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Comisión llegó a la conclusión de que

aun cuando podían encontrarse algunas discrepancias en la práctica de los Estados, esta era lo bastante coherente para apoyar la formulación de una norma que, con las atenuaciones necesarias, estipulara que los tratados en vigor en la fecha de la disolución permanecerían en vigor *ipso jure* respecto de cada uno de los Estados resultantes de la disolución<sup>45</sup>.

22. Análogamente, en su comentario del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la Comisión señaló que, «aunque el grado de exención [de ciertos impuestos y gravámenes] varía según los países, se puede considerar como una norma de derecho internacional que la exención existe, con ciertas excepciones»<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 272, párr. 1 del comentario del artículo 22.

<sup>42</sup> Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 202, párr. 17 del comentario del artículo 12 (donde se hace referencia a «testimonios de peso en la práctica de los Estados» en apoyo de la exclusión de los tratados de fronteras de la regla del cambio fundamental en las circunstancias).

<sup>43</sup> Véase el párrafo 11 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se indica que, aunque los términos y planteamientos de los acuerdos internacionales que se hacen eco de la doctrina de utilización equitativa —considerados por la Comisión como «norma general de derecho»— «son muy diversos, todos tienen como característica común\* el reconocimiento de los derechos de las partes al uso y disfrute del curso o cursos de agua internacionales de que se trata, que son iguales en principio y correlativos en su aplicación»).

<sup>44</sup> En relación con el planteamiento general de la Comisión respecto del requisito de la uniformidad de la práctica de los Estados, véase la observación 2 *supra*.

<sup>45</sup> Párr. 25 del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 269.

<sup>46</sup> *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 107, párr. 1 del comentario del artículo 32. Véanse también el párrafo 3 del comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 275 («La práctica seguida por los Estados es demasiado divergente para poder ser reglamentada por unos pocos criterios aprobados por la Comisión. [...] Por esta razón, la Comisión ha estimado conveniente limitarse a enunciar el principio rector siguiente: para que el carácter nacional del buque sea reconocido por los demás Estados ha de existir una relación auténtica entre el buque y el Estado cuya bandera enarbola. [...] La mayoría de la Comisión ha preferido, no obstante, tener un criterio, aunque sea vago, que no tener ninguno»); el párrafo 8 del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 122 (donde se afirma la inviolabilidad de los locales consulares y se destaca, en particular, su reconocimiento en muchas convenciones consulares, a pesar de «ciertas excepciones al principio de inviolabilidad»

### Observación 6

La Comisión ha manifestado ocasionalmente que la constancia de la práctica de los Estados a lo largo del tiempo es una consideración pertinente, aunque no necesariamente decisiva, para la formación o documentación del derecho internacional consuetudinario<sup>47</sup>.

### 2. MATERIAL UTILIZADO POR LA COMISIÓN PARA EVALUAR LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

### Observación 7

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.

23. En el desempeño de su labor, la Comisión parece haber seguido el criterio inicialmente previsto en el

existentes en algunas convenciones); el párrafo 3 del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 221 (donde se señala que el caso de la Corte Internacional de Justicia *Droit de passage sur territoire indien* [excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 125; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 58] puede indicar «la posibilidad de que surjan difíciles problemas al aplicar la norma en circunstancias especiales», pero que «la norma vigente parece estar bien arraigada»); y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 3 del comentario al artículo 11 («Pese a la diversidad de las normas de procedimiento y de prueba que rigen los procedimientos judiciales de las distintas jurisdicciones cada tribunal debe cumplir unas normas mínimas de proceso con las debidas garantías»); véase también el párrafo 2 del comentario.

<sup>47</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 18 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 109 («El apartado *j* tiende a consagrar una práctica hace tiempo establecida, según la cual los cónsules se encargan de remitir a los interesados»); el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrs. 6 (donde se determina que el artículo reafirma una «norma vigente de derecho internacional») y 4 (donde se indica que «[l]a excepción de órdenes del superior se ha excluido sistemáticamente en los instrumentos jurídicos pertinentes adoptados desde el [E]statuto del Tribunal de Núremberg») del comentario al artículo 5; *ibíd.*, pág. 30, párr. 4 del comentario al artículo 7 («Los instrumentos pertinentes adoptados desde el [E]statuto del Tribunal de Núremberg [...] han excluido sistemáticamente el carácter oficial del individuo como posible excepción frente a los crímenes de derecho internacional»); y el párrafo 26 del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en el párrafo 1 del comentario al artículo 5 de la versión final del proyecto que seguía «siendo generalmente aplicable», véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte) págs. 23 y 24), *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 144 y 145 («conviene advertir que la regla de la inmunidad de los Estados, formulada a principios del siglo XIX y generalmente aceptada en ese siglo tanto en los países de *common law* como en gran número de países de tradición jurídica romanista de Europa, ha sido adoptada luego como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados. Así, la regla de la inmunidad de los Estados sigue aplicándose en mayor o menor grado en Europa, en la práctica de los países cuya jurisprudencia en el siglo XIX ya se ha examinado. [...] Al parecer, esta regla se aplica sistemáticamente en otros países»). Véase también, a *contrario*, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 147, párr. 3 del comentario al artículo 54 («La práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria»).

informe que en 1950 presentó a la Asamblea General sobre los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario<sup>48</sup>. La Comisión se ha basado en una lista no exhaustiva de material constitutivo de elementos de la práctica de los Estados, que incluye lo siguiente: el derecho internacional<sup>49</sup>, los fallos de los tribunales nacionales<sup>50</sup>,

<sup>48</sup> Véase *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 31 («La prueba de la práctica de los Estados debe buscarse en diversos tipos de documentos. La referencia del artículo 24 del Estatuto de la Comisión a los “documentos relativos a la práctica de los Estados” [...] no indica el criterio con que deba juzgarse la naturaleza de tales “documentos”. Tampoco es posible 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»). En ese informe, la Comisión incluyó la siguiente lista no exhaustiva de tipos de material que podían ser pertinentes para documentar el derecho internacional consuetudinario: a) los textos de los instrumentos internacionales; b) los fallos de los tribunales internacionales; c) los fallos de los tribunales nacionales; d) la legislación nacional; e) la correspondencia diplomática; f) las opiniones de los asesores jurídicos nacionales; y g) la práctica de las organizaciones internacionales, *ibíd.*, pág. 368 a 372, párrs. 33 a 78. En particular, la Comisión indicó que la «legislación nacional» 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», *ibíd.*, pág. 370, párr. 60 (en el apartado sobre «legislación nacional»). Además, la Comisión señaló que «las decisiones de los tribunales nacionales de un Estado tienen valor como prueba de la práctica de ese Estado, aunque no sirvan, por lo demás, como prueba del derecho internacional consuetudinario» (*ibíd.*, párr. 54). No obstante, la Comisión declinó apreciar «el valor relativo de las decisiones de los tribunales nacionales, comparándolas con otros tipos de prueba del derecho internacional consuetudinario» (*ibíd.*).

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 8 del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 61 («Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto [...], esto no constituye probablemente una práctica arraigada»); el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 41, párr. 19 del comentario al artículo 10 (donde se realiza un estudio de la legislación nacional); *ibíd.*, págs. 56 y 57, párr. 13 del comentario al artículo 16 y nota 164 (donde se indica que las normas cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica legislativa); y los párrafos 40 a 48 del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (sobre el cual manifestó la Comisión en el párrafo 1 del comentario al artículo 5 de la versión final del proyecto que seguía «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*)), *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 149 (donde se indica que «la legislación nacional constituye un importante elemento en el concepto general de la práctica de los Estados» y se realiza un examen de las leyes internas pertinentes).

<sup>50</sup> Véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 38 a 41, párrs. 13 a 18 del comentario al artículo 10 (examen de la práctica judicial internacional y nacional); *ibíd.*, págs. 56 y 57, párr. 13 del comentario al artículo 16 y nota 164 (donde se indica que las normas cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica judicial); *ibíd.*, pág. 25, párr. 7 del comentario de la versión provisional del artículo 6, sobre el cual manifestó la Comisión que seguía «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*); véase también *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 140, párr. 7 del comentario al artículo 6 («La regla general de derecho internacional relativa a la inmunidad del Estado se ha desarrollado principalmente a partir de la práctica judicial de los Estados. Los tribunales nacionales han sido los que han contribuido principalmente al desarrollo y perfeccionamiento progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que rigen las relaciones de las naciones en este aspecto concreto»); y el párrafo 3 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 281 (donde se hace referencia a la práctica de los tribunales nacionales).

la práctica del poder ejecutivo<sup>51</sup>, la práctica diplomática<sup>52</sup> y la práctica en materia de tratados<sup>53</sup>.

24. Además, la Comisión se ha basado en otro material, como las fuentes secundarias de información relacionadas con la práctica de los Estados. Ese material incluye, en particular, comentarios de gobiernos<sup>54</sup>, publicaciones

<sup>51</sup> Véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 148 y 149, párr. 39 del comentario de la versión provisional del artículo 6, sobre el cual manifestó la Comisión en el párrafo 1 del comentario al artículo 5 de la versión final del proyecto que seguía «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*) («Las opiniones del gobierno expresadas por conducto de los órganos políticos de la administración son sumamente pertinentes y denotan las tendencias generales de la práctica del Estado. [...] [L]a orientación adoptada por el gobierno puede ser decisiva para lograr una evolución jurídica conveniente mediante la afirmación enérgica de su posición, por conducto del legislativo o por medio de la aceptación oficial de los principios contenidos en una convención internacional. A la inversa, el gobierno es claramente responsable de su decisión de hacer valer una pretensión de inmunidad estatal con respecto a sí mismo o sus bienes, de acceder al ejercicio de la jurisdicción por el tribunal de otro Estado o de renunciar a su inmunidad soberana en un caso determinado»); y el párrafo 13 del comentario del artículo 16, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 56 y 57 (donde se indica que las normas enunciadas en el artículo cuentan con el apoyo de la práctica de los Estados, incluida la práctica gubernamental).

<sup>52</sup> Véanse el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 186 y 187, párrs. 14 a 17 del comentario al artículo 8 (donde se examinan las posiciones diplomáticas, los canjes de notas y la práctica de los Estados para determinar si existe una norma general); e *ibíd.*, págs. 200 a 202, párrs. 11 a 17 del comentario del artículo 12 (donde se analizan los canjes de notas y las posiciones de carácter diplomático en las controversias sobre límites como prueba de la práctica de los Estados sobre la cuestión de si los acuerdos sobre límites se ven afectados por la sucesión de Estados). Véase también *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 371, párr. 71 («La correspondencia diplomática entre gobiernos debe proporcionar abundantes pruebas del derecho internacional consuetudinario»).

<sup>53</sup> Véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 41, párr. 20 del comentario al artículo 10 (donde se indica que «la suma de dichas prácticas en los tratados bilaterales puede corroborar la existencia de una práctica general de los Estados en apoyo de» ciertas excepciones a la inmunidad de los Estados) (véase también el párrafo 21); los párrafos 14 a 18 del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 215 y 216 (donde se considera que los acuerdos de transmisión constituyen una prueba de la práctica de los Estados a los efectos de determinar la existencia de una norma general); el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 114, párr. 1 del comentario al artículo 15 (donde se citan las convenciones consulares como prueba de la práctica de los Estados) y pág. 117, párr. 5 del comentario al artículo 19; e *ibíd.*, págs. 120 y 121, párrs. 1 y 3 del comentario al artículo 28 (donde se indica que la norma está confirmada por numerosas convenciones consulares).

<sup>54</sup> La Comisión y sus Relatores Especiales se suelen basar en comentarios recibidos de los gobiernos, que constituyen una de las principales fuentes de información en relación con la práctica de los Estados. En algunos comentarios hay indicios de que se han basado en ellos; véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del comentario del artículo 56 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 138 («El análisis de los reglamentos consulares ha demostrado y las observaciones de los gobiernos han confirmado que ciertos Estados autorizan a los funcionarios consulares de carrera a ejercer una actividad privada de carácter lucrativo. [...] Teniendo en cuenta esta práctica la Comisión aprobó [...] el presente artículo»); y el párrafo 5 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 27 («La referencia expresa a la ausencia de consentimiento como condición *sine qua non* de la aplicación de la inmunidad del Estado está corroborada por la práctica de los Estados. Algunas de las respuestas al cuestionario distribuido a los Estados Miembros ponen claramente de relieve esta relación entre la ausencia de consentimiento y el ejercicio admisible de la inmunidad de jurisdicción»).

de organizaciones internacionales<sup>55</sup> y organizaciones no gubernamentales<sup>56</sup>, publicaciones del ejecutivo<sup>57</sup> y fallos judiciales y estudios de juristas<sup>58</sup>.

25. La Comisión también ha destacado la dificultad de delimitar y evaluar casos pertinentes de práctica de los Estados en relación con una determinada cuestión jurídica<sup>59</sup>.

### C. El denominado elemento subjetivo (*opinio juris sive necessitatis*)

26. Además de a la práctica de los Estados, la Comisión se ha remitido frecuentemente en su labor a lo que a menudo se define como el elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario<sup>60</sup>. El objetivo de la

presente sección es dar una idea general de cómo ha caracterizado y determinado ese elemento la Comisión y los materiales en los que se ha apoyado en su análisis.

#### I. CARACTERIZACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO POR PARTE DE LA COMISIÓN

##### Observación 8

Con frecuencia, la Comisión ha caracterizado el elemento subjetivo como la impresión entre los Estados de que existe o no existe una norma obligatoria<sup>61</sup>. Aunque en muchas ocasiones se ha basado específicamente en el carácter obligatorio de una norma<sup>62</sup>, en algunos casos la Comisión mencionó el reconocimiento por parte de los Estados de la necesidad de una norma<sup>63</sup>.

##### Observación 9

Con frecuencia, la Comisión ha caracterizado la postura de los Estados con respecto a una posible

<sup>55</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del comentario del artículo 23 y la nota 345 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 81 (donde se cita un estudio de la práctica de los Estados sobre la fuerza mayor, preparado por la Secretaría); el párrafo 16 del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 39 (donde se cita la práctica de Egipto que figura en una publicación de las Naciones Unidas); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 205, párr. 27 del comentario del artículo 12 (donde se cita el Acuerdo de 1929 sobre las aguas del Nilo y otros acuerdos bilaterales reproducidos en la publicación de las Naciones Unidas, *Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the utilization of International Rivers for other Purposes than Navigation* (n.º de venta: 63.V 4), pág. 101); e *ibíd.*, pág. 225, párr. 4 del comentario del artículo 19 (donde se cita una publicación de las Naciones Unidas en apoyo de una propuesta en relación con la práctica de los Estados sucesores).

<sup>56</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 192 y 193, párrs. 10 y 12 del comentario al artículo 9 (donde se cita material de la Asociación de Derecho Internacional); *ibíd.*, pág. 240, párr. 7 del comentario al artículo 23 y nota 391 (donde se cita un informe de la Asociación de Derecho Internacional); e *ibíd.*, pág. 259, párr. 17 del comentario a los artículos 30 y 31 y nota 477 (donde se cita un informe del Nigerian Institute for International Affairs).

<sup>57</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 2 del comentario al artículo 24 (donde se citan canjes de notas diplomáticas reproducidas en una publicación del Gobierno de los Estados Unidos de América); *ibíd.*, pág. 100, párr. 3 del comentario al artículo 32 y nota 480 (donde se cita la práctica de los Estados observada *British and Foreign State Papers, 1919*, vol. 112); y el párrafo 4 del comentario del artículo 14 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 210 (donde se hace referencia a la práctica de los tratados observada en una publicación del Gobierno del Reino Unido).

<sup>58</sup> Véase la sección E *infra*.

<sup>59</sup> Véase el párrafo 4 del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados (en relación con la lista indicativa de categorías de tratados del artículo 7, que, en razón de su materia, continúan aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado), *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte) («las probabilidades de que se reciba una corriente importante de información proveniente de los Estados que indique cuál es su práctica son reducidas. Además, es sumamente difícil determinar la práctica pertinente de los Estados en esta esfera»).

<sup>60</sup> Véanse, por ejemplo, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 8 del comentario de la directriz 2.2.1 (donde se apoya en la práctica y la *opinio necessitatis juris* para propugnar la norma de que las reservas formuladas en el momento de la firma han de ser confirmadas al expresar el consentimiento para quedar obligado); y el párrafo 18 del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo,

en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que sigue «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*), *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 142 (donde se alude a la *opinio juris* que sustenta la práctica de los Estados relativa a la inmunidad jurisdiccional).

<sup>61</sup> La expresión «existe o no existe una norma obligatoria» debe leerse en el entendimiento de que las normas del derecho internacional consuetudinario pueden ser permisivas (cuando reconocen los derechos o la discreción de los Estados) o restrictivas (cuando imponen obligaciones a los Estados). Entre los ejemplos de ocasiones en las que la Comisión ha mencionado explícitamente una norma permisiva cabe citar el comentario del artículo 67 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 141 (norma de que todo Estado puede decidir a su arbitrio si ha de nombrar o ha de recibir funcionarios consulares honorarios); el párrafo 11 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y 30 («El derecho internacional consuetudinario o los usos internacionales reconocen que el tribunal puede ejercer su jurisdicción contra otro Estado que haya manifestado su consentimiento en forma inequívoca, pero el ejercicio efectivo de esa jurisdicción es una facultad discrecional que compete exclusivamente al tribunal, el cual puede exigir una regla más rígida para la manifestación del consentimiento»); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 214 a 216, párrs. 7 y 12 a 17 del artículo 15 (la documentación de la práctica de los Estados respalda la opinión tradicional de que un Estado de reciente independencia no tiene ninguna obligación general de asumir los tratados de su predecesor; véase en esp. párr. 12 *in fine*: «A este respecto, la noción de sucesión parece haberse manifestado en el reconocimiento del *derecho* de todo nuevo Estado a pasar a ser parte en los instrumentos sin tratar simultáneamente de imponerle la *obligación* de hacerlo»).

<sup>62</sup> Véase el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 239 a 241, párrs. 3 a 5 y 9 del comentario de los artículos 27 («Regla general de interpretación») y 28 («Medios de interpretación complementarios»), en esp. pág. 240, párr. 4 («el empleo de muchos de esos principios es más discrecional que obligatorio») y pág. 241, párr. 9 («Sin embargo, los tres elementos tienen un carácter obligatorio»); y el párrafo 8 del comentario del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 61 («Tampoco los Estados se sienten en absoluto *obligados*\* a limitar su libertad de disposición de las indemnizaciones otorgadas»).

<sup>63</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 6 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 282 («las pruebas de la aceptación de la doctrina [*rebus sic stantibus*] en derecho internacional son tan abundantes que puede decirse que denotan el reconocimiento de la necesidad de esa válvula de escape en el derecho de los tratados»); y el párrafo 9 del comentario del artículo 20 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 128.

norma de derecho internacional consuetudinario como el «reconocimiento general» o la «aceptación general» de la norma. Sin embargo, también ha utilizado otras formulaciones, como la «convicción» o la «actitud» de los Estados con respecto a la existencia o el contenido de una norma dada.

27. En su labor, la Comisión ha aludido en varias ocasiones al denominado elemento subjetivo del derecho internacional consuetudinario indicando que una norma estaba «generalmente (o ampliamente) reconocida»<sup>64</sup> o «generalmente aceptada»<sup>65</sup>. Al examinar la noción de «aceptación general», la Comisión explicó cómo interpretaba la dinámica de las reclamaciones y aceptaciones que habían conducido al surgimiento de una norma concreta de derecho internacional consuetudinario<sup>66</sup>. En determinados

<sup>64</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 247 y 248 (donde se indica que «[h]ay muchas pruebas del reconocimiento de esta norma en la práctica de los Estados y en las decisiones de los tribunales internacionales, así como en los escritos de los juristas»); el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117, párr. 4 del comentario al artículo 39 («La pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada se reconoce ampliamente en la doctrina y en la práctica de los Estados»); *ibíd.*, pág. 137, párr. 2 del comentario general sobre las contramedidas («Tanto los gobiernos como los tribunales internacionales en sus decisiones reconocen que las contramedidas están justificadas en determinadas circunstancias»); e *ibíd.*, pág. 144, párr. 2 del comentario al artículo 51 («La proporcionalidad es un requisito bien establecido para la adopción de contramedidas, ampliamente reconocido en la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia»).

<sup>65</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 222 (obligación «generalmente aceptada»); el párrafo 3 del comentario del artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341 (donde se indica que hacer extensivo el principio del derecho a protección especial en todo momento y en todas las circunstancias a los miembros de un gobierno cuando se hallasen en un Estado extranjero «no podía basarse en ninguna regla de derecho internacional generalmente aceptada»); el párrafo 35 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 207 («aceptación general», junto con «testimonios de peso»); y la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 28 del comentario de la directriz 4.5.1 (donde se basa en la «amplia aceptación» de Estados, tribunales y órganos creados en virtud de tratados para corroborar la existencia de una norma que indica que las reservas inválidas no producen ningún efecto jurídico).

<sup>66</sup> Véase el párrafo 2 del comentario del principio rector 9 aplicable a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 182, párr. 177: «La Proclamación Truman de 1945, por la que los Estados Unidos se proponían imponer obligaciones a otros Estados o, al menos, limitar sus derechos en la plataforma continental americana, en rigor no fue aceptada por parte de otros Estados. No obstante, como subrayó la Corte [Internacional de Justicia], “el régimen de la plataforma continental es el ejemplo de una teoría jurídica nacida de una solución particular que ha hecho escuela” [*Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d’Allemagne c. Danemark; République fédérale d’Allemagne c. Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, pág. 53, párr. 100; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 200]. En efecto, los otros Estados respondieron a la Proclamación Truman con reclamaciones y declaraciones análogas [véase el caso de México, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, pág. 143, párr. 132] y poco después el contenido de la Proclamación fue incorporado en el artículo 2 de la Convención sobre la Plataforma Continental, de 1958. Por tanto, esa declaración en cierto modo ha sido generalmente aceptada y constituyó el punto de partida de un proceso consuetudinario que condujo,

casos, la Comisión se ha referido al elemento subjetivo empleando una terminología diferente, como la «convicción» (*belief*)<sup>67</sup> o la «actitud»<sup>68</sup> de los Estados en relación con la existencia o el contenido de una norma.

### Observación 10

En algunas ocasiones, la Comisión ha distinguido entre el elemento subjetivo de una norma de derecho internacional consuetudinario y otras consideraciones que podrían motivar la conducta o las posturas de los Estados.

28. En concreto, en algunas ocasiones la Comisión determinó que la conducta o las posturas de los Estados estaban motivadas por consideraciones distintas del reconocimiento, la aceptación o la convicción de que existía una norma jurídica. Entre esas otras consideraciones señaladas por la Comisión cabe citar la cortesía<sup>69</sup>, la oportunidad, la voluntad o el compromiso políticos<sup>70</sup>, las

en muy poco tiempo, a una nueva norma de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia señaló a este respecto: “Sin embargo, la Proclamación Truman fue considerada como un punto de partida en la elaboración del derecho positivo en esta esfera, y la doctrina principal enunciada en ella [...] se impuso finalmente sobre todas las demás y encuentra hoy día su expresión en el artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958” [*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, págs. 32 y 33, párr. 47]».

<sup>67</sup> Véase el párrafo 35 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 207 (donde se alude a «testimonios de peso» (*strong indications of a belief*) junto con la «aceptación general»).

<sup>68</sup> Véase el párrafo 4 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 281 («Acaso las indicaciones más claras de la actitud de los Estados con respecto al principio [*rebus sic stantibus*] sean las exposiciones presentadas al Tribunal»).

<sup>69</sup> Véase el párrafo 1 del comentario de la parte II del proyecto de artículos sobre las misiones especiales, *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 372 («Antes de la Segunda Guerra Mundial se discutía en la doctrina y en la práctica la cuestión de saber si las facilidades, los privilegios y las inmunidades de las misiones especiales tenían un fundamento jurídico o se concedían por simple *cortesía*\*. A partir de la Guerra, prevaleció la tesis del *fundamento jurídico*\*. Hoy se admite en general que los Estados tienen la obligación de reconocer a las misiones especiales y a sus miembros las facilidades, los privilegios y las inmunidades de que se trata». Véase también el párrafo 2 del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales («[p]or cortesía»; *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 362).

<sup>70</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 56, párr. 1 del comentario del artículo 25 («se ha dado menos peso a las soluciones equitativas que a las soluciones políticas que expresen las relaciones de fuerza entre vencedores y vencidos»; *ibíd.*, pág. 58, párr. 8 («soluciones [...] inspiradas por una “relación de fuerzas determinada”»)) (véanse también los párrafos 9 y 20, *ibíd.*, págs. 58 y 62, respectivamente); *ibíd.*, pág. 94, párr. 36 del comentario del artículo 35 (función desempeñada por «consideraciones de política o de oportunidad»; «hay buenas razones para presumir que en ese contexto los Estados no expresan un consentimiento libre ni tienden a tener en cuenta las exigencias de la justicia, de la equidad, o incluso del derecho»); e *ibíd.*, pág. 108, párr. 63 del comentario del artículo 36 («En la práctica de los Estados hay principios contradictorios, soluciones fundadas en transacciones sin referencia explícita a ningún principio»); y los párrafos 4 a 15 del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en esp. párrs. 8, 12 y 15, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 240 a 242 (donde la Comisión considera que los casos de sucesión en materia de tratados bilaterales son «de carácter esencialmente voluntario» (párr. 12)); la

medidas precautorias<sup>71</sup>, las expresiones de intenciones<sup>72</sup> y las aspiraciones o preferencias<sup>73</sup>.

### Observación 11

En algunas ocasiones, la Comisión parece haber atribuido importancia a la falta de oposición a una norma en la práctica de los Estados<sup>74</sup>.

(Continuación de la nota 70.)

Comisión no creía que la continuidad de los tratados emanase de «una norma jurídica consuetudinaria y no de la voluntad de los Estados interesados» (párr. 8). Sin embargo, véase el comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que sigue «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*)), donde se apunta que el consentimiento no menoscaba una norma consuetudinaria respaldada por el uso y la *opinio juris* («El principio de la inmunidad de los Estados, que más adelante sería generalmente aceptado en la práctica de los Estados, fue enunciado claramente por el Presidente del Tribunal Supremo, Marshall [...]: “Ese consentimiento puede, en algunos casos, acreditarse por el uso general y por la opinión general derivada de ese uso”») (*Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 142, párr. 17). «En esta formulación clásica de la regla de la inmunidad de los Estados, [...] [l]a concesión de la inmunidad jurisdiccional se basaba en el consentimiento del Estado territorial, acreditado por el uso general y confirmado por la *opinio juris* que inspiraba tal uso\*» (ibíd., párr. 18).

<sup>71</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 4 del comentario de la directriz 2.6.10 («Inexigibilidad de la confirmación de una objeción formulada antes de la confirmación formal de la reserva»), donde se considera que las confirmaciones de las objeciones en los casos encontrados en la práctica de los Estados son «medidas precautorias, y nada indica que se adopten por considerar que constituyen una obligación jurídica (*opinio juris*)».

<sup>72</sup> Véase el párrafo 7 del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 72 («Aunque esta evolución puede indicar la probable existencia entre Estados de una tendencia a promover el comercio de los países en desarrollo mediante un “trato diferenciado”, la Comisión ha llegado a la conclusión de que esa tendencia todavía no ha cristalizado hasta el punto de que pueda enunciarse en una clara norma jurídica que tenga cabida entre las normas generales relativas al funcionamiento y aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. *Todos los textos de los que se citan pasajes en los párrafos precedentes son, en sustancia, expresiones de intenciones y no normas obligatorias\**»).

<sup>73</sup> Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 161 y 162, párr. 5 *in fine* (refiriéndose al principio 22 de la Declaración de Estocolmo y al principio 13 de la Declaración de Río, la Comisión señaló: «Los principios enunciados en esas Declaraciones, aunque no se pretende que establezcan obligaciones jurídicamente vinculantes, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional»).

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 32 del comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que sigue «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*)): «El precedente análisis de la práctica judicial de los sistemas jurídicos del *common law* y los de tradición romanista en el siglo XIX, y de otros países en el período contemporáneo, pone de manifiesto la coincidencia en la aceptación de la regla de la inmunidad de los Estados. Si bien no sería posible ni conveniente examinar la jurisprudencia actual de todos los países que pueda revelar ciertas discrepancias en la evolución histórica y en la aplicación efectiva del principio, *debe observarse que, en lo que concierne a países de los que no se conocen decisiones judiciales sobre esta materia o que han dictado pocas decisiones al respecto, nada indica que la inmunidad de los Estados como concepto de derecho internacional haya sido o vaya a ser rechazada\**. En consecuencia, parece justificado concluir que en la práctica general de los Estados como fuente del derecho consuetudinario, hay poco que

## 2. MATERIALES EN LOS QUE SE HA BASADO LA COMISIÓN PARA DETERMINAR EL ELEMENTO SUBJETIVO

### Observación 12

La Comisión se ha basado en diversos materiales para determinar el elemento subjetivo a efectos de definir una norma de derecho internacional consuetudinario.

29. Cabe mencionar, con carácter no exhaustivo, la lista siguiente de esos materiales: las posturas de los Estados ante organizaciones internacionales (entre otras, observaciones escritas y respuestas a cuestionarios)<sup>75</sup> o conferencias internacionales<sup>76</sup>; las decisiones de tribunales internos<sup>77</sup>; las declaraciones y exposiciones ante tribunales

permita dudar de que hay una regla general de la inmunidad de los Estados firmemente establecida como norma de derecho internacional consuetudinario», *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 146. Véase también el párrafo 2 del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 50: «Esta excepción [de la inmunidad cuando un Estado es propietario de bienes, los tiene en su posesión o los utiliza], *que no ha tropezado con ninguna oposición seria en la práctica judicial y gubernamental de los Estados\**, se formula en unos términos que tienen que responder a los diferentes criterios de los gobiernos».

<sup>75</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 5 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 282 (donde las observaciones formuladas en órganos políticos de las Naciones Unidas se consideran declaraciones de la postura adoptada con respecto a la aceptación de una norma de derecho internacional); el párrafo 4 del comentario del artículo 16 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 115 (donde se mencionan las observaciones formuladas por los gobiernos al proyecto de artículos de la Comisión); y la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párrs. 19 y 21 del comentario de la directriz 4.5.3 (donde se mencionan los puntos de vista expresados en la Sexta Comisión de la Asamblea General y en observaciones escritas recibidas de los gobiernos para indicar la falta de acuerdo sobre el enfoque que se había de adoptar con respecto a la validez del consentimiento para quedar obligado expresado por el autor de una reserva inválida).

<sup>76</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 200, párr. 10 del comentario del artículo 12 (donde se menciona la actitud de los Estados durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados); ibíd., pág. 202, párr. 17 del comentario del mismo artículo (donde se menciona, entre otras cosas, «la decisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de exceptuar de la regla del cambio fundamental en las circunstancias a los tratados que establecen fronteras»); y el párrafo 3 del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 170 (donde se mencionan, entre otras cosas, las «declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales»).

<sup>77</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 18 del comentario del artículo 13 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 35 («En cuanto a la jurisprudencia, parece que también ella consagra sin reservas el principio de la transmisión de los bienes públicos en general y *a fortiori* de los bienes de Estado y, por lo tanto, de los bienes inmuebles. Citemos la jurisprudencia interna en primer lugar»); y el párrafo 3 del comentario del artículo 57 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 278 («Los tribunales internos se han pronunciado no pocas veces a favor del reconocimiento del principio de que la violación de un tratado puede dar derecho a la parte inocente a denunciarlo. Sin embargo, casi siempre lo han hecho en casos en que su gobierno no había optado en la práctica por denunciar el tratado, y no han considerado necesario examinar detenidamente las condiciones para la aplicación del principio»). Véase, sin embargo,



internacionales<sup>78</sup>; las estipulaciones en convenios arbitrales<sup>79</sup>; la práctica y las notas diplomáticas<sup>80</sup>; la conducta real de un Estado (frente a sus posturas declaradas)<sup>81</sup>; la práctica convencional de un Estado<sup>82</sup>; la práctica

convencional multilateral<sup>83</sup>; y diversos instrumentos internacionales<sup>84</sup>.

#### D. Pertinencia de la práctica de organizaciones internacionales

##### Observación 13

En determinadas circunstancias, la Comisión se ha basado en la práctica de organizaciones internacionales para determinar que existía una norma de derecho internacional consuetudinario, remitiéndose a diversos aspectos de la práctica de las organizaciones internacionales, como sus relaciones externas, el ejercicio de

el párrafo 20 del comentario del anexo del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (que se refiere a la lista indicativa de tratados, mencionada en el artículo 7, cuya materia implica que continuar aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado), *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte) («En lo que concierne a este aspecto concreto, las decisiones de los tribunales internos deben considerarse como una fuente problemática. En primer lugar, esos tribunales pueden depender de las directrices del ejecutivo. En segundo lugar, los tribunales internos pueden alegar razones de orden público que no están directamente relacionadas con los principios de derecho internacional. No obstante, cabe afirmar que la jurisprudencia de los tribunales nacionales no es hostil al principio de supervivencia»).

<sup>78</sup> Véanse el párrafo 7 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 199 y 200 (que se refiere a las declaraciones efectuadas ante la Corte Internacional de Justicia en relación con la sucesión con respecto a un arreglo sobre fronteras y a las disposiciones convencionales accesorias de ese arreglo); y el párrafo 4 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 281 (donde se indica que «[a]caso las indicaciones más claras de la actitud de los Estados con respecto al principio [*rebus sic stantibus*] sean las exposiciones presentadas al Tribunal en los asuntos en los que se ha invocado la doctrina» y se mencionan las posturas de los Estados en varias causas ante la Corte Permanente de Justicia Internacional); los párrafos 3 y ss. del comentario del artículo 62 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte) (donde se mencionan las posturas expresadas por Estados en diferentes litigios en apoyo de la opinión de que los Estados miembros de una organización internacional no se pueden considerar en general internacionalmente responsables de los hechos internacionalmente ilícitos de la organización).

<sup>79</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 61, y párr. 4 del comentario al artículo 51 (estipulaciones comunes en convenios arbitrales como confirmación de un «principio generalmente reconocido»).

<sup>80</sup> Véanse *ibíd.*, pág. 52, párr. 3 del comentario al artículo 10 («La práctica diplomática es notablemente concordante en reconocer que el comportamiento de un movimiento insurreccional no puede atribuirse al Estado»); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 187, párr. 17 del comentario al artículo 8 (donde se cita correspondencia entre Estados); e *ibíd.*, págs. 201 y 203, párrs. 14 y 21 del comentario al artículo 12 (donde se mencionan las notas diplomáticas).

<sup>81</sup> Ha ocurrido que la Comisión, al determinar la postura jurídica de un Estado, se ha basado en su conducta real incluso cuando esa conducta difería de la postura declarada por el Estado con respecto a una norma dada; véase el párrafo 13 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 («El análisis de cómo los Estados han resuelto las controversias efectivamente planteadas en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pone de manifiesto una aceptación general del derecho de cada Estado del curso de agua internacional a utilizar y aprovechar de manera equitativa y razonable el curso de agua internacional. Si bien algunos Estados han afirmado a veces la doctrina de la soberanía absoluta, esos mismos Estados han resuelto generalmente las controversias en las que han invocado dicha doctrina mediante la celebración de acuerdos por los que en los hechos se distribuía el agua o se reconocían los derechos de los demás Estados del curso de agua»).

<sup>82</sup> Véase el párrafo 20 del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 41 y 42 («La actitud o las opiniones de un gobierno pueden deducirse de su práctica establecida en los tratados. [...] Así, la práctica de los tratados de la Unión Soviética demuestra ampliamente su deseo de confiar sus relaciones comerciales a empresas estatales [...] sometidas a la jurisdicción de las autoridades territoriales competentes»). Véanse también el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 114, párr. 1 del comentario al artículo 15 (donde

se habla, entre otras cosas, de «muchas convenciones consulares»); e *ibíd.*, pág. 117, párr. 5 del comentario al artículo 19 y págs. 120 y 121, párr. 1 del comentario al artículo 28 (donde se habla también de las convenciones consulares); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 183 a 185, párrs. 3 a 11 del comentario del artículo 8 (donde se examina si los acuerdos de transmisión «surten efectos [...] para hacer que se produzca la sucesión de los tratados del Estado predecesor o la continuación de tales tratados» y «la prueba que pueden aportar en cuanto al criterio de los Estados acerca del derecho consuetudinario que rige la sucesión en la materia» (párr. 4)); *ibíd.*, págs. 215 y 216, párrs. 14 a 18 del comentario del artículo 15 (donde los acuerdos de transmisión se consideran una prueba de la práctica de los Estados a los efectos de determinar si existe una norma general con respecto a «una obligación\* de continuidad [del] Estado de reciente independencia en relación con [...] tratados de su predecesor» y se llega a la conclusión de que los Estados tampoco «han actuado, en la práctica, sobre la base de que en general quedan obligados por los tratados bilaterales de [su] predecesor» (párr. 15)).

<sup>83</sup> Véanse, por ejemplo, los párrafos 1 y 5 del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 269 y 270 (donde se menciona la prohibición del uso de la fuerza establecida en la Carta de las Naciones Unidas); el párrafo 51 del comentario de la versión provisional del proyecto de artículo 6 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que sigue «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*)), *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 151 («La práctica convencional seguida actualmente por los Estados pone de manifiesto la aplicación de disposiciones de varias convenciones de carácter universal relativas a ciertos aspectos especiales de la inmunidad de los Estados»); el párrafo 5 del comentario del artículo 11 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 37 (reconocimiento de las garantías de un juicio imparcial en numerosos tratados).

<sup>84</sup> En ocasiones, la Comisión parece haber deducido el reconocimiento o la aceptación generales de una norma a partir de determinados instrumentos internacionales distintos de los tratados, como por ejemplo, resoluciones y declaraciones de organizaciones internacionales. Véanse, por ejemplo, el párrafo 3 del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 170 (donde se menciona, entre otras cosas, que el principio de la obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles «se encuentra incorporado en cierto número de acuerdos internacionales, [...] declaraciones y resoluciones adoptados por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales»); y el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte): pág. 24, párr. 16 del comentario del artículo 2 (donde se indica, entre otras cosas, que el principio de la responsabilidad penal internacional por la incitación se reconoció en el Estatuto del Tribunal de Núremberg); *ibíd.*, pág. 26, párrs. 1 a 3 del comentario del artículo 6 (reconocimiento del principio de responsabilidad jerárquica en tratados y en los estatutos de tribunales penales internacionales); *ibíd.*, pág. 30, párr. 4 del comentario del artículo 6 (reconocimiento expreso, en los estatutos de tribunales penales internacionales, de que la posición oficial del criminal no puede servir de eximente de responsabilidad); e *ibíd.*, pág. 43, párr. 5 del comentario del artículo 14 (donde se mencionan diversos instrumentos en los que no se reconoce ninguna eximente de responsabilidad para esos crímenes).



sus funciones y las posturas adoptadas por sus órganos con respecto a situaciones concretas o cuestiones generales de las relaciones internacionales<sup>85</sup>.

#### Observación 14

En algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a la posibilidad de que la práctica de una organización internacional termine por convertirse en una costumbre específica de esa organización. Esas costumbres pueden referirse a diversos aspectos de las funciones o actividades de la organización, como por ejemplo la potestad de una organización internacional para celebrar tratados o las normas aplicables a los tratados aprobados dentro de la organización<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 122 y 123, párrs. 7 («Un ejemplo de la práctica del no reconocimiento de hechos realizados en violación de normas imperativas es la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990») y 8 del comentario al artículo 41 («En lo que respecta a la denegación por un Estado del derecho de los pueblos a la libre determinación. [...] Las mismas obligaciones se reflejan en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General relativas a la situación en Rhodesia y en los bantustanes de Sudáfrica»); el párrafo 3 del comentario del artículo 8 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *ibid.*, pág. 170 (donde se indica que la obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles se reconoce «en declaraciones [...] adoptad[as] por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales»); el párrafo 2 del comentario del artículo 17 del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48 (donde se indica que la Asamblea General había afirmado que los crímenes de lesa humanidad y el genocidio constituían crímenes con arreglo al derecho internacional y había aprobado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 177 a 181, párrs. 1 a 14 del comentario del artículo 4 (donde se menciona la práctica de numerosas organizaciones internacionales, entre ellas las Naciones Unidas y determinados organismos especializados); *ibid.*, págs. 185 y 186, párrs. 12 y 13 del comentario del proyecto de artículo 8 (donde se cita la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de tratados multilaterales); *ibid.*, pág. 222, párr. 3 del comentario del proyecto de artículo 16 (*ídem*); el párrafo 2 del comentario del artículo 24 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 325 («Las respuestas de las Naciones Unidas y de los organismos especializados indican que se reconoce generalmente la exención prevista en este artículo»); el párrafo 1 del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 269 («la prohibición terminante de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de las propias Naciones Unidas han reforzado y confirmado ese progreso jurídico»); y el comentario del principio VI de los Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, *Yearbook... 1950*, vol. II, párr. 112 del comentario (donde se menciona una declaración sobre las guerras de agresión aprobada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones) (véase la nota 27 *supra*). Véase también el informe de la Comisión sobre la labor de su segundo período de sesiones, *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 372, párr. 78 («Los documentos en que consta la práctica de las organizaciones internacionales pueden considerarse como pruebas del derecho internacional consuetudinario con referencia a las relaciones entre los Estados y las organizaciones»).

<sup>86</sup> Véanse el párrafo 14 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 28 (que se refiere a la transformación de una práctica en una «norma [...] de la organización» por la que se reconoce la competencia del jefe de la Secretaría para expresar el consentimiento de la organización a quedar obligada por un tratado, sin remitirse a otro órgano de la organización; y se apunta también que «[e]l consentimiento de [todos los demás órganos de la organización

#### E. Pertinencia de las decisiones judiciales y la doctrina

30. Como se ha indicado más arriba<sup>87</sup>, en muchas ocasiones la Comisión, en su análisis del derecho internacional consuetudinario, ha examinado decisiones judiciales y los escritos de la doctrina<sup>88</sup>. Según se describe más abajo, la Comisión se ha apoyado en esos materiales de diversos modos.

#### Observación 15

En algunas ocasiones, la Comisión se ha apoyado en las decisiones de tribunales internacionales considerando que expresaban con autoridad el estatus de una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>89</sup>.

#### Observación 16

Además, la Comisión se ha apoyado con frecuencia en decisiones judiciales como un factor que respaldaba la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario.

31. Cuando la propia Comisión ha emprendido un análisis a efectos de determinar si existía una norma de derecho

que hubieran podido reivindicar esta competencia y no lo han hecho) constituye la práctica»); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 180 y 181, párrs. 11 a 13 del comentario al artículo 4 (donde se invoca, en general, la posibilidad de que la práctica interna de una organización internacional pueda dar origen a normas consuetudinarias específicas de la organización); e *ibid.*, pág. 236, párr. 2 del comentario al artículo 22 (donde se indica que la OIT tiene una práctica consuetudinaria particular con respecto a la fecha a partir de la cual se considera que un Estado de reciente independencia queda obligado por los convenios internacionales del trabajo).

<sup>87</sup> Véase la observación 1 *supra*.

<sup>88</sup> Puede ser pertinente en general para la presente sección la siguiente observación formulada por la Comisión los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario: «sobre el artículo 24 del Estatuto de la Comisión parece apartarse de la clasificación que figura en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte, al incluir entre las pruebas del derecho internacional consuetudinario las decisiones judiciales en materia de derecho internacional. Sin embargo, esa divergencia puede defenderse lógicamente, porque tales decisiones, en especial las de los tribunales internacionales, pueden formular y aplicar principios y reglas de derecho internacional consuetudinario. Además, las decisiones de los tribunales nacionales pueden indicar la práctica seguida por un Estado» (*Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 30).

<sup>89</sup> Por ejemplo, con respecto a la cuestión de las líneas de base rectas, la Comisión, en el comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 263, interpretó que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Pêcheries*, entre el Reino Unido y Noruega [fallo, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1951*, pág. 29] era «la expresión del derecho vigente» (párr. 1) y realizó algunos cambios «que tendían a armonizar aún más ese texto con el fallo» (párr. 4). Véanse también los párrafos 3 a 5 del comentario del proyecto de artículo 24 (pág. 273) (donde se apoya en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Détroit de Corfou* [fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1951*, pág. 7] por considerar que expresa la norma consuetudinaria en vigor con respecto al paso inocente por estrechos internacionales que comuniquen dos partes de la alta mar) y el párrafo 2 del comentario del artículo 23 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 231 (donde se afirma que «[e]n la jurisprudencia de los tribunales internacionales hay muchos precedentes para sostener que, en el presente contexto, el principio de la buena fe es un principio jurídico que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*» y se mencionan decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Justicia Internacional y tribunales de arbitraje).

internacional consuetudinario, el reconocimiento judicial con frecuencia ha constituido un factor importante, si no decisivo, en apoyo de la existencia de la norma. Ese reconocimiento se encontró en decisiones de tribunales internacionales y en laudos arbitrales<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 14 del comentario al artículo 25 («En resumidas cuentas, la práctica de los Estados y las decisiones judiciales apoyan la opinión de que el estado de necesidad puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud en condiciones muy limitadas, y esta opinión se recoge en el artículo 25»); *ibíd.*, pág. 122, párr. 6 del comentario al artículo 41 (donde se cita el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América) [fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 14; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210] y se indica que «[l]a existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia») y pág. 144, párr. 2 del comentario al artículo 51 (donde se menciona, entre otras cosas, el caso *Naulilaa* [*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (Naulilaa), Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1011] por lo que se refiere al requisito de proporcionalidad para tomar contramedidas); *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 224, párr. 4, apdo. e, del comentario de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (donde se alude a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* [*C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15, véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25] de que «[e]l principio de la integridad de la convención, por el cual la admisibilidad de una reserva depende del asentimiento expreso o tácito de todas las partes contratantes, no parece haber llegado a ser norma de derecho»); *ibíd.*, pág. 243, párrs. 14 y 15 del comentario del proyecto de artículo 27 (donde se apoya en la jurisprudencia de tribunales internacionales para determinar las normas establecidas de interpretación de los tratados), e *ibíd.*, pág. 247, párr. 8 del comentario del proyecto de artículo 29 (donde se analiza si la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Concessions Mavrommatis en Palestine* [fallo n.º 2, 1924, *C.P.J.I. série A n.º 2*], tenía o no la intención de establecer una norma general sobre la interpretación de los tratados en casos de divergencia entre los textos auténticos); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 4 del comentario del artículo 8 (donde se mencionan varias decisiones de tribunales internacionales, entre ellas el pronunciamiento de la Comisión de Conciliación franco-italiana de que «el derecho internacional consuetudinario no ha establecido ningún criterio autónomo que permita determinar cuáles son los bienes del Estado»); *ibíd.*, págs. 35 y 36, párr. 19 del comentario del artículo 13 («La jurisprudencia internacional confirma esta norma»); los párrafos 3 a 8 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 198 a 200 (donde se citan numerosas decisiones de tribunales internacionales en su análisis de la cuestión de los tratados territoriales e indica que un pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (*C.P.J.I. série A n.º 24*), «tal vez constituya el apoyo más firme de la existencia de una norma en virtud de la cual el Estado sucesor está obligado a respetar un tratado territorial que afecta al territorio al que se refiere una sucesión de Estados»); el párrafo 18 del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 101 («La existencia de un principio de [l] derecho que exige que los Estados resuelvan mediante consultas las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce ha sido confirmada explícitamente por el laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux*») [Naciones Unidas, RSA, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 281]; el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48, párr. 3 del comentario al artículo 17 («[l]os principios en que la Convención [para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] se basa han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia como vinculantes para los Estados aun sin necesidad de una obligación convencional»); e *ibíd.*, pág. 52, párr. 3 del comentario al artículo 17 («La inexistencia del requisito de un conflicto armado internacional como condición previa de los crímenes contra la humanidad fue confirmada también por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia»); y el párrafo 1

### Observación 17

En ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia<sup>91</sup>.

### Observación 18

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

32. En su examen de la doctrina a los efectos de determinar una norma de derecho internacional consuetudinario, la Comisión, en ocasiones, ha llevado a cabo una evaluación general del peso de la opinión que apoyaba una norma determinada<sup>92</sup>. Esa evaluación parece haberse basado en aspectos cuantitativos y cualitativos<sup>93</sup>.

del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la expulsión de los extranjeros, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte) («Ese derecho [a expulsar] se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones, así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones regionales»). Véase también, en general, *Yearbook... 1950*, vol. II, págs. 369 y 370, párrs. 42 a 51 (donde se examina la disponibilidad de publicaciones en las que figuren decisiones y laudos de tribunales internacionales en una sección titulada «Prueba del derecho internacional consuetudinario»).

<sup>91</sup> Véanse el párrafo 23 del comentario de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228 («No cabe duda de que el principio de presumir el consentimiento en una reserva, por no haberse hecho objeción a la reserva, ha sido admitido en la práctica de los Estados; la propia Corte [Internacional de Justicia] en el asunto *Reservas a la Convención sobre el Genocidio* [*Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*] dijo que en la práctica internacional se admitía la aceptación tácita de reservas»); el párrafo 10 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde incluye las «decisiones de tribunales [...] internacionales» en su «análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho»). Véase también el párrafo 4 del comentario del artículo 39 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 117 (donde se apoya en los casos *Delagoa Bay Railway* [G. F. de Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 2.ª serie, vol. XXX, pág. 329 (1900)] y *Vapeur «Wimbledon»* [1923, *C.P.J.I. série A n.º 1*, pág. 15], como pruebas de la «práctica de los Estados» con respecto a «[l]a pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada»).

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del comentario de los artículos 11 y 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 198 («La mayoría de los autores modernos apoyan la doctrina tradicional. [...] En general, sin embargo, la diversidad de opiniones de los autores hace difícil encontrar en ellos una guía clara en cuanto a la medida en que el derecho internacional reconoce que los tratados territoriales constituyen una categoría especial para efectos del derecho aplicable a la sucesión de Estados o en cuanto a las bases precisas en que se funda para ello»).

<sup>93</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 270 y 271, párr. 8 del comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados («[L]a mayoría de los internacionalistas sostienen sin vacilar que el párrafo 4 del Artículo 2, [...] enuncia con autoridad el derecho consuetudinario moderno en lo referente a la amenaza o al uso de la fuerza»); *ibíd.*, pág. 274, párr. 2 del comentario del proyecto de artículo 53 («Algunos juristas [...] sostienen que una parte puede denunciar un tratado o retirarse de él solo cuando el tratado prevé expresamente la denuncia o la retirada o cuando todas las demás partes dan su asentimiento; pero otros juristas sostienen que en algunos

(Continuación en la página siguiente.)

33. En otras ocasiones, la Comisión se ha apoyado en

(Continuación de la nota 93.)

tipos de tratado se reconoce implícitamente el derecho a denunciarlo o a retirarse de él en determinadas condiciones»; *ibíd.*, pág. 277, párr. 1 del comentario del proyecto de artículo 57 («La gran mayoría de los juristas reconocen que una violación de un tratado por una parte puede resultar en un derecho de la otra parte»), e *ibíd.*, pág. 280, párr. 1 del comentario del proyecto de artículo 59 («Casi todos los juristas modernos admiten, aunque sea de mal grado, la existencia en derecho internacional del principio al que se refiere este artículo»); el párrafo 9 del comentario del artículo 17 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48 («La norma precedente está en consonancia con las opiniones de los autores»); el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 213, párr. 3 del comentario al artículo 15 («La mayoría de los autores aceptan la idea, apoyada por la práctica de los Estados»); *ibíd.*, pág. 215, párr. 15 del comentario al mismo artículo («Los autores y la práctica de los Estados apoyan en gran medida la idea de que el derecho internacional general impone una obligación»); y el párrafo 1 del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la expulsión de los extranjeros, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte) («Se trata de un derecho [el derecho a expulsar] cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina»). Véanse también el párrafo 10 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se alude en términos generales a «las opiniones de prestigiosos tratadistas») y el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 250, párr. 3 del comentario al artículo 32

la doctrina como fuente secundaria de la práctica de los Estados<sup>94</sup>.

(donde se llega a la conclusión de que la divergencia de opiniones entre los juristas «tenía ante todo un carácter doctrinal»), e *ibíd.*, pág. 251, párr. 5 (que «probablemente [...] solo producirían resultados distintos en circunstancias muy excepcionales»).

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 3 del comentario al artículo 32 y la nota 479 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 100 (donde se cita un ejemplo de la práctica de los Estados en la materia, que se encuentra en R. L. Buell, «The development of the anti-Japanese agitation in the United States», *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), pág. 620); el párrafo 3 del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 213 (donde se menciona *The Law of Treaties* de A. D. McNair (Oxford, Clarendon Press, 1961) y se cita una declaración formulada por el Reino Unido sobre la postura de Finlandia con respecto a los tratados de su predecesor); el párrafo 2 del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 57 (donde se cita doctrina en apoyo de la proposición de que «[l]a tesis de que el Estado de la nacionalidad [...] puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina»); y el párrafo 10 del comentario del artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 105 (donde se incluyen «las opiniones de prestigiosos tratadistas» en un «análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho»).

## CAPÍTULO II

### La operación del derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional

34. En este capítulo se presentan observaciones acerca de lo que parece ser la opinión de la Comisión sobre la naturaleza vinculante y las características de las normas de derecho internacional consuetudinario, y sobre la relación que existe entre el derecho internacional consuetudinario y otras normas jurídicas internacionales.

#### A. La naturaleza vinculante y las características del derecho internacional consuetudinario

##### *Observación 19*

La Comisión se ha referido sistemáticamente al derecho internacional consuetudinario como un conjunto de normas generalmente vinculantes para los sujetos del derecho internacional<sup>95</sup>. En varias ocasiones, la Comisión ha señalado la diferencia que existe entre esas normas y las disposiciones de los tratados,

que, por definición, solo obligan a las partes en el tratado<sup>96</sup>.

##### *Observación 20*

En su labor, la Comisión hizo referencia a la posible existencia de normas de derecho internacional consuetudinario de índole regional<sup>97</sup>. Al respecto, también se mencionó la cuestión de si una norma jurídica de carácter regional sería vinculante para un Estado que no la ha adoptado o aceptado

<sup>95</sup> Véase, por ejemplo, los párrafos 1 a 4 del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 253 (se reproducen extractos en la nota 121 *infra*) y el párrafo 30 del comentario del artículo 12 y 8 del comentario del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 205 y 206, y 214, respectivamente; véase también la nota 130 *infra*. En su Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, la Comisión hizo referencia a la denominada teoría del «objeto persistente», según la cual una norma de derecho internacional consuetudinario no sería oponible a un Estado que ha objetado persistentemente a esa norma durante su proceso de formación; véase *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 7 del comentario de la directriz 3.1.5.3. Al hacerlo, la Comisión parece haber excluido la posibilidad de que esa teoría se aplique a las normas de *jus cogens*; véase el párrafo 19 del mismo comentario.

<sup>96</sup> Véanse, por ejemplo, los párrafos 1 a 4 del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 253; el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 181, párr. 2 del comentario del artículo 5 (donde se hace referencia a «obligaciones [...] a las que [un Estado] estaría sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado»); *ibíd.*, págs. 205 y 206, párr. 30 del comentario al artículo 12 («Si bien reconoció que un tratado de tal naturaleza podía traducirse en un régimen objetivo, [la Comisión] estimó que este régimen objetivo era más bien resultado de la ejecución del tratado, y de la incorporación a este de una costumbre internacional»); y la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 7, primer acápite del comentario de la directriz 3.1.5.3 («Las normas consuetudinarias obligan a los Estados con independencia de la manifestación de su consentimiento con respecto a una norma convencional»). Véase, sin embargo, la sección B *infra*, relativa a la relación entre las normas de tratados y el derecho internacional consuetudinario.

<sup>97</sup> Véase el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párrs. 213 a 215.

expresamente<sup>98</sup>. Además, la Comisión se ha referido a la posible existencia de normas especiales, entre ellas, normas consuetudinarias o derechos históricos, que regulan la delimitación de ciertas zonas marítimas<sup>99</sup> o el establecimiento de un régimen territorial, fluvial o marítimo específico<sup>100</sup>.

### Observación 21

La Comisión, en algunas ocasiones, ha hecho referencia a la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional que se considera dan lugar a las llamadas «obligaciones *erga omnes*»<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> *Ibid.*, párr. 213 («Un caso separado, mucho más difícil, es el que se produce cuando se alega que una norma regional (ya sea sobre la base de la práctica de los tratados o de la costumbre) vincula a un Estado aun cuando el Estado no la haya adoptado o aceptado específicamente. Esta es la pretensión examinada (aunque de forma no concluyente) por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Asilo* (1950) y el asunto *Haya de la Torre* (1951)»). Para los casos citados, véase *Droit d'asile*, fallo, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 266 y *Haya de la Torre*, fallo, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 71; véase asimismo *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 22 y 27, respectivamente.

<sup>99</sup> Véase el proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 267, párr. 6 del comentario del artículo 12 (donde se reconoce la posible existencia de un «régimen especial» y se alude a la posibilidad de que exista un «derecho consuetudinario divergente» en la esfera de la delimitación marítima). Véase también *ibid.*, pág. 261, párr. 4 del comentario del artículo 3 («La validez de una anchura del mar territorial inferior a 12 millas podría ser defendida *erga omnes* por cualquier Estado que pudiera hacer valer un derecho histórico a ese respecto»).

<sup>100</sup> Véase el párrafo 1 del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 253 («Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes. Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre»). Véase también el párrafo 8 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 200 (donde se hace referencia al caso de la Corte Internacional de Justicia *Droit de passage sur territoire indien* [fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 6; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 72]) al sugerir que el derecho de paso por el territorio puede existir como costumbre local o bilateral).

<sup>101</sup> Véase, en particular, el párrafo 9 del comentario del artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 136 («Aun cuando recogen la esencia de esta declaración [el *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* [segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104], en relación con las obligaciones *erga omnes*] los artículos evitan utilizar las palabras “obligaciones *erga omnes*”, que transmiten menos información que la referencia hecha por la Corte a la comunidad internacional en su conjunto y que se han confundido en ocasiones con las obligaciones debidas a todas las partes en un tratado. Tampoco es función de los artículos ofrecer una lista de aquellas obligaciones que, con arreglo al derecho internacional vigente, existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Esto excedería con mucho la tarea de codificar las normas secundarias de responsabilidad del Estado y, en cualquier caso, tal lista solo tendría un valor limitado, ya que el ámbito del concepto evolucionará necesariamente con el tiempo. La propia Corte ha proporcionado una útil orientación: en su fallo de 1970 se refirió, por vía de ejemplo a la “proscripción de los actos de agresión y de genocidio” y a los “principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. En su fallo en el asunto de *Timor Oriental* [Portugal *c.* Australia, fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 3; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 90], la Corte añadió a esta lista el derecho de los pueblos a la libre determinación»). Véase también el comentario del artículo 49

### Observación 22

La Comisión, en varias ocasiones, ha mencionado la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario<sup>102</sup> que, en razón de la materia, no son normas derogables (normas imperativas/*jus cogens*).

35. La Comisión ha señalado que «el concepto de norma imperativa de derecho internacional se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica»<sup>103</sup>. Entre los ejemplos de normas imperativas presentados por la Comisión como normas que gozan de reconocimiento general figuran la prohibición de la agresión<sup>104</sup>; las prohibiciones de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el *apartheid*<sup>105</sup>, así como la prohibición de la tortura y la obligación de respetar el derecho a la libre determinación<sup>106</sup>. La Comisión destacó, sin embargo, que la lista no era exhaustiva<sup>107</sup>.

36. Cabe recordar que la Comisión, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, propuso varias disposiciones relativas al *jus cogens*<sup>108</sup>. La Comisión ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la disposición de un tratado que está en oposición con una norma de *jus cogens* es (o se vuelve) nula<sup>109</sup>. Además, la Comisión ha reconocido que el carácter imperativo de una norma de derecho internacional consuetudinario también afecta la operación

del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte).

<sup>102</sup> El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) define las normas de *jus cogens* como normas «imperativas de *derecho internacional general*». La Comisión ha señalado, en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 14 del comentario de la directriz 3.1.5.3, que «una norma imperativa de derecho internacional general [...] [e]n casi todos los casos [...] es de naturaleza consuetudinaria», aunque también reconoció que «la redacción del artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales] no excluye que una norma convencional pueda, por sí misma, ser imperativa» (*ibid.*, nota 1709).

<sup>103</sup> Párrafo 2 del comentario del artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 120.

<sup>104</sup> Véase *ibid.*, párr. 4.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*, págs. 120 y 121, párr. 5.

<sup>107</sup> *Ibid.*, párr. 6. En el mismo pasaje, la Comisión también recordó la posibilidad de que surgieran nuevas normas imperativas, como prevé el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>108</sup> Véanse los artículos 41, párr. 5, 50, 61 y 67 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y sus comentarios; *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 261, 271, 285 y 290, respectivamente.

<sup>109</sup> Véase *ibid.*, art. 50, pág. 271 (el proyecto de artículo 50 dice así: «Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general»). Véase también *ibid.*, pág. 261, párr. 8 del comentario del artículo 41, y pág. 285, párr. 1 del comentario del artículo 61 («Es evidente que si aparece una nueva norma que tenga ese carácter, una nueva norma de *jus cogens*, su efecto será volver nulos no solo los tratados futuros, sino también los existentes»). En cuanto a las consecuencias de la nulidad o de la terminación de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, véase el artículo 67 y su comentario (*ibid.*, pág. 290). Asimismo, la Comisión ha señalado, en el principio rector 8 aplicable a las declaraciones unilaterales de los Estados que pueden dar lugar a la creación de obligaciones jurídicas que «[e]s nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general» (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176).

de ciertas normas secundarias relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos<sup>110</sup>.

### Observación 23

La Comisión ha señalado que las normas imperativas se crean como consecuencia de un proceso de aceptación y reconocimiento generales, por la comunidad internacional en su conjunto, de que dichas normas constituyen normas imperativas de derecho internacional<sup>111</sup>.

### Observación 24

Si bien la Comisión señaló que una norma de *jus cogens* «solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»<sup>112</sup>, la Comisión ha indicado que, en la

<sup>110</sup> Véanse los artículos 26 (con respecto a *jus cogens*, en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud), 40 y 41 (contenido de la responsabilidad internacional cuando existen violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general) y 50 (obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y sus comentarios, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 90; 120 y 121; y 140 y 141, respectivamente. Véanse también los artículos 26, 41 y 42 y 53 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y sus comentarios, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte).

<sup>111</sup> En cuanto al requisito sustantivo de aceptación y reconocimiento generales, véase en particular el párrafo 7 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 58 («Incluso los principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se basan en ninguna fuente especial de derecho o procedimiento legislativo específico, a diferencia de las normas de carácter constitucional en los sistemas jurídicos internos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga en el mismo carácter”. El artículo 53 reconoce tanto que se pueden crear normas de carácter imperativo como que los Estados desempeñan una función especial a este respecto como titulares por excelencia de la potestad normativa en nombre de la comunidad internacional»). Véase también, sobre esta cuestión, *ibíd.*, págs. 90 y 91, párr. 5 del comentario del artículo 26 y pág. 121, párr. 6 del comentario del artículo 40 (donde se hace referencia a la formación de nuevas normas imperativas a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto). Cabe señalar que, si bien el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 271) y el artículo 53 del proyecto de artículos sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (*Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 60) se refieren en ese contexto a «la comunidad internacional de Estados en su conjunto», en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (arts. 25, 33, 42 y 48, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 28 a 30, párr. 76) y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (artículos 25, 33, 43 y 49; *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87), se hace referencia en un sentido más general a «la comunidad internacional en su conjunto».

<sup>112</sup> Véanse, al respecto, el artículo 50 *in fine* del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 202), y el artículo 53 *in fine* del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (*Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 60). Esa frase fue incluida en el artículo 53 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986). En cuanto a la «fuerza obligatoria» de las normas de *jus cogens*, véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 3

actualidad, la modificación de una norma de *jus cogens* muy probablemente se efectuaría mediante un tratado multilateral general<sup>113</sup>.

## B. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados

37. La cuestión de la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados fue abordada en términos generales en el proyecto de artículo 34 sobre el derecho de los tratados, que establecía lo siguiente:

### Artículo 34. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias mediante costumbre internacional

Lo dispuesto en los artículos 30 a 33 [las disposiciones relativas a los tratados y los terceros Estados] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional<sup>114</sup>.

38. En el comentario de ese proyecto de artículo figuraban, entre otras cosas, las siguientes observaciones:

1) Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes. Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre, como, por ejemplo, las Convenciones de La Haya sobre las reglas de la guerra terrestre, los acuerdos para la neutralización de Suiza y diversos tratados relativos a ríos internacionales y vías navegables marítimas. Asimismo, una convención codificadora que tienda a afirmar unas normas de derecho consuetudinario ya existentes puede llegar a considerarse como la formulación aceptada generalmente de las normas consuetudinarias de que se trate, incluso para los Estados que no sean parte en la Convención.

2) Sin embargo, no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado. Por esta razón, la Comisión no creyó que debía incluirse este proceso en el proyecto de artículos como un ejemplo de tratado que tiene efectos jurídicos para terceros Estados. Por consiguiente, no se redactó ninguna disposición concreta concerniente a la intervención de la costumbre en la extensión de la aplicación de las normas convencionales más allá de los propios Estados contratantes. Por otra parte, habida cuenta de la importancia de este proceso y de la naturaleza de las disposiciones que aparecen en los artículos 30 a 33, decidió incluir en el presente artículo una reserva general, expresando que nada de cuanto se dispone en dichos artículos impide que las normas convencionales lleguen a ser obligatorias para los Estados que no sean parte, como normas consuetudinarias de derecho internacional<sup>115</sup>.

del comentario a la directriz 4.4.3 («seguramente las normas de *jus cogens* continuarán evolucionando, pero parece dudoso que una reserva pueda contribuir a desestabilizar una norma que posee ese grado de fuerza obligatoria»).

<sup>113</sup> Véase, sobre esta cuestión, el párrafo 4 del comentario del artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 271 y 272 («[S]ería indudablemente erróneo considerar ni siquiera las normas de *jus cogens* como inmutables y no modificables en lo futuro con arreglo a las situaciones. Como la modificación de una norma de *jus cogens* probablemente habría de hacerse ahora mediante un tratado multilateral general, la Comisión estimó conveniente indicar que tal tratado que estableciese una nueva norma de *jus cogens* quedaría fuera del alcance del artículo»).

<sup>114</sup> *Ibíd.*, pág. 200.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, pág. 253.

39. La sustancia del proyecto de artículo 34 fue mantenida posteriormente en el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969, en que se añadieron las palabras «reconocida como tal» para calificar la norma de derecho internacional consuetudinario a la que se hace referencia en esa disposición<sup>116</sup>. El artículo 38 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, aprobado por la Comisión en 1982, que más tarde pasó a ser el artículo 38 de la Convención de Viena de 1986<sup>117</sup>, reiteraba esa disposición, e incluía la frase adicional introducida en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, de 1969<sup>118</sup>.

40. Al examinar los distintos temas de su programa, la Comisión ha abordado una serie de aspectos relativos a la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados, que se resume en las observaciones siguientes:

#### Observación 25

La Comisión, reconociendo que mediante un tratado se pueden codificar normas vigentes de derecho internacional consuetudinario<sup>119</sup>, se ha referido con frecuencia a los tratados como posible prueba de la existencia de una norma consuetudinaria<sup>120</sup>.

#### Observación 26

Si bien la Comisión ha indicado que el tratado no obliga de por sí a terceros Estados<sup>121</sup>, en varias ocasiones,

<sup>116</sup> Esta otra frase fue añadida sobre la base de una modificación propuesta por la República Árabe Siria (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, A/CONF.39/11/Add.2 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), pág. 166, párrs. 311 y 312).

<sup>117</sup> Esta Convención todavía no ha entrado en vigor.

<sup>118</sup> *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 50.

<sup>119</sup> Véase, en términos generales, *Yearbook... 1950*, vol. II, pág. 368, párr. 29 («Quizá no debería insistirse con demasiada rigidez en la diferenciación entre derecho internacional contractual y derecho internacional consuetudinario. Un principio o regla de derecho internacional consuetudinario puede estar incluido en un acuerdo bilateral o multilateral de manera que tenga, dentro de los límites establecidos, fuerza contractual para los Estados partes en el acuerdo, mientras tal acuerdo esté en vigor; aun así, continuará siendo obligatorio como principio o regla de derecho internacional consuetudinario para otros Estados. Ocurre con alguna frecuencia que ciertos Estados, en su esfuerzo por determinar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario, se basan en la formulación contractual de una práctica seguida también por otros Estados. Incluso ciertas convenciones multilaterales que han sido firmadas pero no han entrado en vigor, son consideradas frecuentemente como prueba del derecho internacional consuetudinario»).

<sup>120</sup> Véanse las secciones B y C del capítulo I *supra* relativas a los tratados como prueba de la práctica de los Estados y/o la *opinio juris*. Sin embargo, la Comisión también ha señalado que existe una diferencia entre un régimen convencional y el derecho internacional consuetudinario aplicable; véase el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 8 del comentario al artículo 8 (donde se hace referencia al crimen de genocidio como «un crimen de derecho internacional respecto del cual existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran partes en la Convención y, por consiguiente no estaban supeditados a la restricción que en ella se imponía» en particular en su artículo 6, que restringe la jurisdicción nacional respecto del genocidio al Estado en cuyo territorio se cometió el delito).

<sup>121</sup> Véanse, en particular, los párrafos 1 a 4 del comentario del artículo 34 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados,

reconoció que los tratados podían contribuir a la cristalización<sup>122</sup> o el desarrollo<sup>123</sup> de una norma de derecho internacional consuetudinario. La Comisión, sin embargo, decidió que la frecuente enunciación de una disposición en los tratados internacionales no indicaba necesariamente que dicha disposición hubiera pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>124</sup>.

#### Observación 27

La Comisión ha mencionado la posibilidad de que la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario pueda modificar un tratado, según

*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 253, en esp. párrs. 1 («Se reconoce generalmente la función que desempeña la costumbre en cuanto a la extensión eventual de la aplicación de normas que figuran en un tratado más allá de los Estados contratantes». Un tratado concertado entre determinados Estados puede enunciar una norma o establecer un régimen territorial, fluvial o marítimo, que con posterioridad llegue a ser aceptado con carácter general por otros Estados y llegue a ser obligatorio mediante costumbre. [...] Asimismo, una convención codificadora que tienda a afirmar unas normas de derecho consuetudinario [...] puede llegar a considerarse como la formulación aceptada generalmente de las normas consuetudinarias\* de que se trate, incluso para los Estados que no sean parte en la Convención») y 2 («Sin embargo, no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario\*. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado»). Esta cuestión fue abordada en términos similares en el proyecto de artículos sobre la sucesión de los Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 205 y 206, párr. 30 del artículo 12 y párr. 214, párr. 8 del comentario del artículo 15.

<sup>122</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 11, tercer acápite, del comentario a la directriz 3.1.5.3 («una “convención de codificación” cristaliza en normas de derecho internacional general normas que no tenían ese carácter en el momento de su adopción»).

<sup>123</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 34 del comentario del artículo 12 del proyecto de artículos sobre sucesión de los Estados en materia de tratados, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 207 (donde se hace referencia al derecho de libre paso por el Canal de Suez «ya sea en virtud del tratado o del régimen consuetudinario a que dio lugar»); y el párrafo 3 del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 49 («[La “cláusula de Martens”] que se insertó originalmente en el preámbulo de los Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en varias convenciones y protocolos, ha pasado a formar parte del derecho internacional general»). Como ejemplo de las posibles repercusiones de la aprobación de una norma convencional en la opinión de la Comisión acerca de una cuestión jurídica, véase el párrafo 5 del comentario del artículo 11 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales, *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 367 («Una regla observada frecuentemente en la práctica exigía que el Estado receptor garantizase la posibilidad de esa contratación [la contratación local de personal necesario para misiones especiales], indispensable a menudo para el desempeño de las funciones de la misión especial. En 1960, la Comisión de Derecho Internacional se inclinaba a considerar que esa regla confería un verdadero privilegio a la misión especial. No obstante, habida cuenta de las dos Convenciones de Viena, la Comisión cambió de opinión y adoptó en 1965 el principio enunciado en el párrafo 2 del artículo 10 del presente proyecto\*» [donde se establecía que «[l]os nacionales del Estado receptor no podrán formar parte de la misión especial sin el consentimiento de dicho Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento»]).

<sup>124</sup> Véase el párrafo 3 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 25 («Aunque la concesión del trato de la nación más favorecida es frecuente en los tratados comerciales, nada demuestra que esta práctica haya llegado a constituir una norma de derecho internacional consuetudinario. De ahí que se sostenga en general que solo los tratados son fundamento del trato de la nación más favorecida»).

las circunstancias particulares y las intenciones de las partes en él<sup>125</sup>.

### Observación 28

La Comisión ha reconocido que, con la excepción de las normas de *jus cogens*<sup>126</sup>, los Estados pueden apartarse de las normas de derecho internacional consuetudinario mediante la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales<sup>127</sup>. Al mismo tiempo, la Comisión ha destacado que un tratado, a menos que establezca otra cosa, debe interpretarse y aplicarse a la luz de las normas de derecho internacional vigentes, incluido el derecho consuetudinario<sup>128</sup>.

## C. Relación entre el derecho internacional consuetudinario y el «derecho internacional general»

### Observación 29

En ciertos casos, la Comisión ha empleado la frase «derecho internacional general» para referirse, de manera genérica, a normas de derecho internacional distintas de las disposiciones convencionales<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Véase el párrafo 3, inc. ii), del comentario del artículo 38 («Modificación de los tratados por práctica ulterior») del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 259 («En cuanto a la modificación por aparición de una nueva norma de derecho consuetudinario, [la Comisión] decidió que la cuestión siempre dependería en gran medida de las circunstancias concretas y de la intención de las partes en el tratado»). Este comentario se formuló respecto de la explicación que dio la Comisión de su decisión de eliminar, en la versión del proyecto de artículo un apartado que figuraba en el artículo 68 del proyecto de artículos de 1964, que establecía que «[l]a aplicación de un tratado puede también ser modificada [...] c) por la aparición posterior de una nueva norma de derecho consuetudinario, obligatoria para todas las partes, relativa a la materia objeto del tratado». En relación con el comentario a esta última disposición, véase *Anuario... 1964*, vol. II, pág. 193, párr. 3. Como se sabe, el proyecto de artículo 38 propuesto no fue mantenido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>126</sup> Véase *supra* la sección A del presente capítulo.

<sup>127</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 15 *in fine* del comentario del artículo 17 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 48 y 49 («[e]s evidente que los Estados están facultados para establecer convencionalmente una excepción a un principio») y el párrafo 2 del comentario del artículo 30 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 275 (donde se hace alusión a la posibilidad de que se atribuyan derechos de policía a los buques de guerra frente a buques extranjeros, apartándose así del derecho internacional consuetudinario).

<sup>128</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 60 del proyecto de artículos sobre el derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 290 («La regla consuetudinaria existente, en virtud de la cual los nacionales de otros Estados están autorizados para dedicarse a la pesca en las mismas condiciones que los del Estado ribereño, ha de continuar siendo aplicada. La práctica de otra clase de pesca en esos parajes no ha de poder ser dificultada más que en lo estrictamente necesario para la protección de las pesquerías de que trata el presente artículo») y el párrafo 1 del comentario del artículo 24 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 232 (en que se hace referencia a la «norma general [...] [según la cual] no ha de considerarse que un tratado tenga efecto retroactivo sino cuando esta intención se halle expresada en el tratado o pueda inferirse claramente de sus estipulaciones»).

<sup>129</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del comentario del artículo 30 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 275 (donde se indica que las disposiciones que figuran en tratados que atribuyen ciertos derechos de policía a los buques de guerra frente a buques extranjeros aún no podían considerarse parte del «derecho internacional general»); la observación formulada por la Comisión con

Asimismo, en algunas ocasiones, la Comisión parece haber utilizado indistintamente «derecho internacional general» y «derecho internacional consuetudinario»<sup>130</sup>. La Comisión también ha utilizado la expresión «derecho internacional general» como término genérico que incluye tanto el derecho internacional consuetudinario como los principios generales<sup>131</sup>.

### Observación 30

En algunas ocasiones, la Comisión se ha referido a los principios generales del derecho —posiblemente en el sentido del Artículo 38, párr. 1), apdo. c, del

respecto a las disposiciones del preámbulo del Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 94, párr. 24 *in fine* (esas disposiciones «rigen [tal procedimiento] como principios de derecho internacional general más bien que como consecuencia del acuerdo de las partes»); el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341, artículo 1, párr. 1, apdo. b («[Se entiende por “persona internacionalmente protegida”] [c]ualquier funcionario de un Estado o de una organización internacional que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional\*, tenga derecho a una protección especial»; *ibíd.*, pág. 342, párr. 8 del comentario de ese artículo («La expresión “derecho internacional general” se utiliza como complemento de la referencia a “un acuerdo internacional”»); el párrafo 3 del comentario del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 49 (véase la nota 123 *supra*); el párrafo 2 del comentario del artículo 10 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte); el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario al artículo 14 («Huelga decir que el Estado expulsor debe respetar, con respecto al extranjero objeto de expulsión, todas las obligaciones de protección de los derechos humanos que le incumben tanto en virtud de los tratados internacionales en que es parte como en virtud del derecho internacional general») y, de modo similar, el comentario del artículo 25.

<sup>130</sup> Véanse, por ejemplo, el comentario del artículo 49 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 269, párr. 1 («El reconocimiento del carácter criminal de la guerra de agresión en los estatutos de los tribunales militares aliados encargados de juzgar a los criminales de guerra de los países del Eje, la prohibición terminante de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de las propias Naciones Unidas han reforzado y confirmado ese progreso jurídico»); pág. 270, párr. 5 («Los principios relativos a la amenaza o el uso de la fuerza que figuran en la Carta son, a juicio de la Comisión, normas generales de derecho internacional cuya aplicación es ahora universal»); *ibíd.*, págs. 279 y 271, párr. 8 («Como se indica en el anterior párrafo 1, la invalidez de un tratado obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza es un principio que constituye *lex lata* [...] La mayoría de los internacionalistas sostienen sin vacilar que el párrafo 4 del Artículo 2, junto con otras disposiciones de la Carta, enuncia con autoridad el derecho consuetudinario moderno en lo referente a la amenaza o al uso de la fuerza»).

<sup>131</sup> Véanse las explicaciones que figuran en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 194, 2, apdo. a («El derecho internacional general (esto es, la *costumbre general* y los principios generales del derecho)\* colma las lagunas del régimen especial y facilita orientación interpretativa para su aplicación») y párr. 493, 3 («El término “derecho internacional general” se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, con arreglo al apartado c del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero también puede referirse a los principios de derecho internacional propiamente dichos y a las analogías derivadas de los derechos internos, en especial los principios del procedimiento jurídico (*audiatur et altera pars, in dubio mitius*, *reclusión* y otros). En la práctica de los tribunales internacionales, incluidos el Órgano de Apelación de la OMC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constantemente se hace referencia a diversos tipos de “principios” a veces derivados del derecho interno, a veces derivados de la práctica internacional, pero frecuentemente de una manera que no especifica su autoridad»).



Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>132</sup>— o a los denominados principios generales del derecho internacional<sup>133</sup>. La Comisión también ha indicado que esos principios generales pueden informar la regulación internacional de cuestiones particulares<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 4 del comentario del artículo 59 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 281 (principio *rebus sic stantibus*); el párrafo 1 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 33 («La Comisión reconoce que uno de los principios generales del derecho es el de la no retroactividad de las leyes»); y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 3 del comentario al artículo 14 (donde se explica que «las posibles circunstancias eximentes para los crímenes comprendidos en el código [son] las que estén bien establecidas y sean ampliamente reconocidas como admisibles con respecto a crímenes graves similares, en virtud del derecho nacional o internacional»). Para otros ejemplos, véase la nota 134 *infra*.

<sup>133</sup> Véanse, por ejemplo, *Yearbook... 1949*, párr. 52 (donde se explica que los artículos del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados enuncian «principios generales del derecho internacional»); y párr. 8 *in fine* del comentario del artículo 68 de los artículos referentes al derecho del mar, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 295 («El principio de los derechos soberanos del Estado ribereño], descansando sobre principios generales que responden a las necesidades actuales de la comunidad internacional, no es de ningún modo incompatible con el principio de la libertad del mar»). Véanse también las dos notas siguientes.

<sup>134</sup> En este contexto se ha hecho alusión tanto a los principios generales del derecho como a los principios generales del derecho internacional. En lo que respecta a los principios generales del derecho, véanse, en particular, el párrafo 1 del comentario del artículo 7 del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 33 (donde se hace referencia a la no retroactividad de las leyes como principio general del derecho que «desempeña un papel importante» en las cuestiones de nacionalidad); el artículo 14 (Circunstancias eximentes) del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 43 («El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen»); y el párrafo 1 del comentario del artículo 3 del proyecto de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 163 («El artículo 3 se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo»). En cuanto a los principios generales del derecho internacional, véanse, los artículos referentes al derecho del mar, en particular, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 262, párr. 8 del comentario del artículo 3 («De lo que antecede resulta que la Comisión se ha manifestado claramente contra las pretensiones que tienden a extender el mar territorial hasta una anchura que, a juicio de la Comisión, envuelve una amenaza para el principio que desde Grocio ha regido el derecho marítimo: el de la libertad de la alta mar»); *ibíd.*, pág. 274, párr. 1 del comentario del artículo 27 («El principio de derecho internacional generalmente admitido de que la alta mar está abierta a todas las naciones domina toda la reglamentación de esta materia»); el comentario de la versión provisional del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (del que la Comisión dijo, en su comentario del correspondiente artículo 5 de la versión definitiva del proyecto de artículos sobre el tema, que seguía «siendo generalmente aplicable» (véase la nota 47 *supra*)), *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 141, párr. 12 («Esta explicación de la inmunidad soberana parece apoyarse en una serie de principios básicos como el uso o común acuerdo, la cortesía internacional, la independencia, soberanía y dignidad de toda autoridad soberana, que representan una evolución progresiva de los atributos de la persona de los soberanos a la teoría de la igualdad y soberanía de los Estados y el principio del consentimiento»); e *ibíd.*, págs. 152 y 153, párr. 55 (donde se analizan las «bases racionales de

o incluso el sistema jurídico internacional en su conjunto<sup>135</sup>.

### Observación 31

Por otra parte, en los trabajos de la Comisión, la frase «derecho internacional general» también se ha utilizado para referirse a las normas generales del derecho internacional frente a las normas que pertenecen a sectores específicos, como por ejemplo el derecho de los derechos humanos, el derecho ambiental o el derecho del mar<sup>136</sup>.

la inmunidad de los Estados» y se hace referencia a la «soberanía, independencia, igualdad y dignidad de los Estados» como nociones que «parecen fundirse para constituir juntas una sólida base jurídica internacional de la inmunidad de los Estados»).

<sup>135</sup> Véase, a este respecto, la siguiente observación formulada por la Comisión respecto del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados: «En conclusión, se observará que los derechos y deberes consignados en el proyecto de Declaración han sido formulados en términos generales, sin restricciones o excepciones, como conviene a una declaración de derechos y deberes fundamentales. *Los artículos del proyecto de Declaración enuncian principios generales de derecho internacional, debiendo determinarse en reglamentos más precisos la extensión y las modalidades de la aplicación de dichos principios*». El artículo 14 del proyecto de Declaración es un reconocimiento de este hecho. Es, en realidad, una disposición global que domina todo el proyecto, y en opinión de la Comisión sirve adecuadamente como clave de las otras disposiciones del proyecto de Declaración al proclamar «la supremacía del derecho internacional» (*Yearbook... 1949*, pág. 290, párr. 52). Véanse también el párrafo 2 *in fine* del comentario del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 166 (donde se observa que el principio de buena fe abarca «toda la estructura de las relaciones internacionales» (reproduciendo una cita de R. Rosenstock, «The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey», AJIL, vol. 65 (1971), pág. 734)); así como las observaciones formuladas por la Comisión en relación con la cláusula de la nación más favorecida y el principio de no discriminación, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 48 («La Comisión reconoció hace ya algunos años que la regla de la no discriminación es «una regla general que es una consecuencia de la igualdad de los Estados», y que la no discriminación es «una norma general que se deduce de la igualdad soberana de los Estados») e *ibíd.*, pág. 13, párr. 50 (donde se hace referencia a «la norma evidente de que, si bien los Estados están obligados por el deber que les impone el principio de la no discriminación, tienen, no obstante, libertad para conceder ventajas especiales a otros Estados por motivo de alguna relación especial geográfica, económica, política o de otro carácter»).

<sup>136</sup> Véase, en particular, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 193, párr. 243 («La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializadas y (relativamente) autónomas. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones»). Véase también el párrafo 251, apdo. 10), nota 976 («No existe una definición aceptada de «derecho internacional general». A los efectos de las presentes conclusiones, sin embargo, es suficiente definir qué es «general» haciendo referencia a su contrapartida lógica, a saber, qué es «especial»).





## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 65.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/656	Programa provisional del 65.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2013</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/657	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/658	Aplicación provisional de los tratados. Memorando de la Secretaría	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/659	Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema. Memorando de la Secretaría	Ídem.
A/CN.4/660	Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/661	Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/662	Sexto informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/663	Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/664	Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.813	Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Texto de los proyectos de conclusión 1 a 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 65.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional	Mimeografiado.
A/CN.4/L.814	La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Texto de los proyectos de artículo 1, 3 y 4 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 65.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional	Ídem.
A/CN.4/L.815	Protección de las personas en casos de desastre. Texto y título de los proyectos de artículo 5 <i>ter</i> y 16 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 65.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional	Ídem.
A/CN.4/L.816	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/68/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2013</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.817	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 65.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.818	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.819 y Add.1-3	Ídem: capítulo IV (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.820 y Add.1-3	Ídem: capítulo V (La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.821 y Add.1-2	Ídem: capítulo VI (La protección de las personas en casos de desastre)	Ídem.
A/CN.4/L.822 y Add.1	Ídem: capítulo VII (Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario)	Ídem.
A/CN.4/L.823	Ídem: capítulo VIII (La aplicación provisional de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.824	Ídem: capítulo IX (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)	Ídem.
A/CN.4/L.825	Ídem: capítulo X (La obligación de extraditar o juzgar ( <i>aut dedere aut judicare</i> ))	Ídem.
A/CN.4/L.826	Ídem: capítulo XI (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem.
A/CN.4/L.827 y Add.1	Ídem: capítulo XII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.828	Informe del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida	Ídem.
A/CN.4/L.829	Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar ( <i>aut dedere aut judicare</i> )	Ídem.
A/CN.4/L.830	Informe del Grupo de Planificación	Ídem.
A/CN.4/SR.3159-A/CN.4/SR.3197	Actas resumidas provisionales de las sesiones 3159. <sup>a</sup> a 3197. <sup>a</sup>	Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2013</i> , vol. I.

---

ISBN 978-92-1-333467-6



9 789213 334676