

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2014

Volumen II
Primera parte

Documentos del 66.º período de sesiones

NACIONES UNIDAS



ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2014

*Volumen II
Primera parte*

Documentos del 66.º 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... 2013*).

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 66.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/2014/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
<i>Número de venta:</i> S.19.V.4 ISBN: 978-92-1-130364-3 e-ISBN: 978-92-1-047555-6
ISSN: 0497-9885 e-ISSN: 2411-9857

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas	iv
Nota referida a las citas	v
Expulsión de extranjeros (Tema 2 del programa)	1
<i>Documento A/CN.4/670.</i> Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	1
<i>Documento A/CN.4/669 y Add.1.</i> Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos.....	21
Protección de las personas en casos de desastre (Tema 4 del programa).....	67
<i>Documento A/CN.4/668 and Add.1.</i> Séptimo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	67
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (Tema 5 del programa).....	89
<i>Documento A/CN.4/673.</i> Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	89
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (Tema 6 del programa).....	121
<i>Documento A/CN.4/671.</i> Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial.....	121
Aplicación provisional de los tratados (Tema 8 del programa).....	165
<i>Documento A/CN.4/675.</i> Segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial	165
Identificación del derecho internacional consuetudinario (Tema 9 del programa)	177
<i>Documento A/CN.4/672.</i> Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial.....	177
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (Tema 10 del programa).....	223
<i>Documento A/CN.4/674.</i> Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial....	223
Protección de la atmósfera (Tema 11 del programa).....	261
<i>Documento A/CN.4/667.</i> Primer informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	261
Lista de documentos del 66.º período de sesiones	301

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
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
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
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SAARC	Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional
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

*

* *

<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, núm. 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, núm. 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, núm. 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, núm. 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>
<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> (núms. 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> (núms. 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> (núms. 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>Plaidoiries, exposés oraux et documents/Pleadings, oral arguments, documents</i> (núms. 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/UNRIAA	Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales/Reports of International Arbitral Awards</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/>.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/670

Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*

[Original: francés]
[25 de marzo de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe	2
Obras citadas en el presente informe	2
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1–3 3
<i>Capítulo</i>	
I. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS	4–70 3
A. Comentarios y observaciones de carácter general sobre el tema.....	5–7 3
B. Comentarios, observaciones y sugerencias sobre el proyecto de artículos	8–70 4
1. Observaciones de carácter general	9–21 4
2. Comentarios y sugerencias de los Estados a cada artículo.....	22–70 6
Artículo 1. Ámbito de aplicación	22–23 6
Artículo 2. Términos empleados	24–25 7
Artículo 3. Derecho de expulsión.....	26 7
Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley	27 8
Artículo 5. Motivos de expulsión	28 8
Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados	29–34 8
Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas.....	35–36 10
Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas.....	37 10
Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión	38 10
Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva.....	39–40 10
Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta	41 11
Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes	42 11
Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición	43 11
Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión.....	44 12
Artículo 15. Obligación de no discriminar	45 12
Artículo 16. Personas vulnerables	46 12
Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión	47 12
Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	48 12
Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión	49–52 13
Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar.....	53 13
Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino	54 14
Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión	55 14
Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas	56–57 15

* El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a la Secretaría de la Comisión, y muy especialmente al Sr. David Nanopoulos, por la síntesis de los comentarios y observaciones formulados por los Estados que figuran en la nota sobre la expulsión de extranjeros: análisis de los comentarios y observaciones sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, lo que ha facilitado enormemente su labor.

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	58	15
Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión	59–61	16
Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión	62–66	16
Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor	67	17
Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión.....	68	18
Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita	69	18
Artículo 32. Protección diplomática.....	70	18
<i>Capítulo</i>		
II. OBSERVACIONES FINALES DEL RELATOR ESPECIAL.....	71–77	19

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención fijando las Reglas que deben observarse para la Concesión del Asilo (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CXXXII, núm. 3046, pág. 323.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, núm. 2545, pág. 137. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 252, de 21 de octubre de 1978.
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, núm. 8791, pág. 267.
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, núm. 5158, pág. 117.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 241.
Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, núm. 14691, pág. 45.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.

Obras citadas en el presente informe

ABI-SAAB, Georges

«Cours général de droit international public», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 207, 1987-VII, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, págs. 9 a 464.

BUZZINI, Gionata P.

«La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international», *Revue générale de droit international public*, vol. 106 (2002), págs. 581 a 617. Resumen en español, pág. 617.

KAMTO, Maurice

«La volonté de l'État en droit international», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 310, 2004, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, págs. 9 a 428.

TOMUSCHAT, Christian

«Expulsion of aliens: the International Law Commission's draft articles», en Georg Jochum, Wolfgang Fritzemeyer y Marcel Kau (eds.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, págs. 645 a 662.

Introducción

1. En su sexagésimo cuarto período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de los extranjeros, así como el comentario que lo acompaña¹. Ese proyecto de artículos fue objeto de un amplio debate al examinarse el informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre la labor realizada en el sexagésimo cuarto período de sesiones, en noviembre de 2012. Ese debate dio lugar a la expresión de distintas opiniones sobre el tema, y algunos Estados siguieron reiterando posiciones que no dejaron de manifestar desde que la Sexta Comisión aprobó la incorporación del tema de la expulsión de extranjeros en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional.

¹ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 46.

2. En su informe, la Comisión señala que en su 3155.^a sesión, celebrada el 31 de julio de 2012, decidió de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que los hicieran llegar al Secretario General el 1 de enero de 2014 a más tardar².

3. Varios gobiernos hicieron llegar sus comentarios y observaciones al Secretario General. Conviene examinarlos antes de formular las observaciones finales que sugiere el Relator Especial.

² *Ibíd.*, párr. 43.

CAPÍTULO I

Comentarios y observaciones de los Estados

4. Varios gobiernos se han manifestado sobre el tema «expulsión de extranjeros» desde los debates que tuvieron lugar en la Sexta Comisión en el curso del sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General en noviembre de 2012³. Posteriormente algunos formularon comentarios y observaciones por escrito que llegaron al Relator Especial por conducto de la Secretaría de la Comisión⁴. Si bien algunos Estados se limitaron a formular algunos comentarios de carácter general, otros, en cambio, hicieron comentarios y observaciones artículo por artículo, en los que a veces sugirieron modificaciones a algunos proyectos de artículo en particular, y otras veces propusieron su redacción. El Relator Especial comenzará por presentar los comentarios y observaciones de carácter general antes de examinar aquellos que se refieren al proyecto de artículos propiamente dicho.

A. Comentarios y observaciones de carácter general sobre el tema

5. En un sentido general, y considerando tanto los comentarios y observaciones expresados en ocasión de los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2012 como los formulados posteriormente por escrito, las opiniones de los Estados sobre el tema parecen ser bastante distintas. Algunos Estados dudan que sea oportuno codificar el tema. Así, por ejemplo, un grupo de Estados

³ Se trata de los 36 Estados Miembros siguientes: Alemania, Australia, Austria, Belarús, Canadá, Chile, China, Congo, Cuba, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), El Salvador, España, Federación de Rusia, Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Iraq, Israel, Malasia, México, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, República de Corea, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suiza, Tailandia y Zambia. La UE se expidió también sobre el tema.

⁴ El Relator Especial recibió los comentarios y observaciones de 11 Estados el 31 de enero de 2014 y de la UE. Se trata de: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, El Salvador, Marruecos, Países Bajos, Reino Unido, República Checa y República de Corea.

no están convencidos de la utilidad de los esfuerzos de la Comisión por determinar normas generales del derecho internacional relativas a la expulsión de extranjeros, puesto que es un ámbito del derecho abarcado por normas regionales pormenorizadas⁵.

Un Estado estima que «[e]l tema es problemático y plantea muchos temas difíciles y complejos que se inmiscuyen directamente en el ámbito interno de los Estados»⁶. Otro Estado declara que, en su opinión, a pesar de los esfuerzos logrados por la Comisión para tener en cuenta las preocupaciones expresadas por los países,

sigue considerando que el tema es controvertido y tiene dudas sobre si el proyecto de artículos ofrece un fundamento adecuado para una futura convención y si se puede encontrar un equilibrio entre la mera repetición de la práctica estatal y la introducción de un nuevo régimen con normas estrictas en materia de derechos humanos⁷.

Otro Estado considera que la codificación de ese tema plantearía

numerosas cuestiones metodológicas, en particular su grado de dependencia de una jurisprudencia nacional y regional diversa y específica y los métodos para definir las normas generales pertinentes de derecho internacional. [...] [S]igue habiendo dudas sobre el fundamento o la necesidad de una codificación *lex lata*. Igual de controvertida es la cuestión de si resulta adecuado el trato *de lege ferenda*, propuesto por

⁵ Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.^a sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 45.

⁶ Reino Unido, *ibíd.*, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 67. Véase también las observaciones del Reino Unido en el documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A.

⁷ Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 50. Cabe notar, sin embargo, que Hungría «acoge con beneplácito que el Relator Especial llame la atención sobre la Directiva de Retorno de la Unión Europea [Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 348/98, 24.12.2008)], que ha armonizado las normas mínimas sobre esa materia establecidas en las legislaciones nacionales de más de 30 Estados europeos» (*ibíd.*).

el Relator Especial en relación con la actual formulación de las disposiciones relativas a los procedimientos de readmisión y apelación⁸.

6. El Relator Especial entiende que esta observación sobre la metodología es legítima. Sin embargo, una observación de esa índole no justificaría considerar que es imposible o inoportuno que la Comisión tratara el tema. Si prosperara un argumento de ese tipo, entonces debería cuestionarse la totalidad de la labor de desarrollo progresivo y de codificación del derecho internacional que ha venido realizando la Comisión desde su creación, dado que para el tratamiento del tema de la expulsión de extranjeros, el Relator Especial no ha utilizado un enfoque nuevo y diferente del aplicado en el tratamiento de otros temas que fueron incorporados en el pasado en el programa de trabajo de la Comisión.

7. Sin embargo, dejando de lado las objeciones expresadas por los Estados citados, algunos Estados prestaron un franco apoyo al tema, así como al proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión, sin perjuicio de los comentarios y observaciones que formularon sobre cada proyecto de artículo en particular. Así, un Estado considera que «el tema de la expulsión de extranjeros, con las modificaciones que corresponda, tiene una madurez suficiente que permite proceder a su codificación»⁹. En el mismo sentido, otro Estado

acoge complacido los cambios realizados desde el período de sesiones anterior en el proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, que reflejan el esfuerzo de la Comisión por lograr un equilibrio entre el poder regulatorio de los Estados que expulsan y los derechos legítimos de los extranjeros sujetos a expulsión, mientras que al mismo tiempo se da a los Estados cierto margen de maniobra para la aplicación de su legislación interna¹⁰.

Por su parte, otro Estado, en su conjunto, «estima que el proyecto de artículos constituye un avance positivo en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema»¹¹.

B. Comentarios, observaciones y sugerencias sobre el proyecto de artículos

8. Algunos Estados formularon algunos comentarios de carácter general antes de que se procediera al examen del proyecto artículo por artículo.

1. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL

9. Con respecto a la estructura del proyecto de artículos y al equilibrio entre los derechos que están en juego, un Estado declara que «en el proyecto de artículos se debería lograr un mejor equilibrio entre los derechos de los extranjeros y los derechos soberanos del Estado»¹². Como si respondiera a ello, otra delegación se consideró

satisfecha con la estructura del proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, que refleja la voluntad de la Comisión de reconciliar el derecho de los Estados de expulsar extranjeros y los límites impuestos a tal derecho por el derecho internacional¹³.

⁸ Israel, *ibíd.*, párr. 35.

⁹ Polonia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 72.

¹⁰ China, *ibíd.*, párr. 53.

¹¹ México, *ibíd.*, párr. 17.

¹² Tailandia, *ibíd.*, párr. 38.

¹³ Polonia, *ibíd.*, párr. 70.

Otro Estado afirma que

le complace particularmente que el texto se haya reordenado de manera más lógica, estableciendo las normas sustantivas básicas que fundamentan y delimitan la expulsión de extranjeros y los derechos y las garantías procesales de los extranjeros objeto de expulsión. También observa con satisfacción la inclusión de los principios de legalidad y de debido proceso, fundamentales para garantizar los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión. También encomia la inclusión transversal de normas de derechos humanos, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la obligación de no discriminar, así como el reconocimiento específico de los derechos de las personas vulnerables, los refugiados y los apátridas, de conformidad con los tratados internacionales en la materia. Es de suma importancia que la redacción actual del proyecto de artículos distingue claramente entre expulsión de extranjeros y extradición, con lo que se resuelven las confusiones que existían en algunas versiones anteriores¹⁴.

En el mismo sentido, otro Estado afirma que

El proyecto de artículos sobre el tema es amplio y captura la mayor parte de los aspectos de fondo y procedimiento de la cuestión de la expulsión, incluidas las obligaciones del Estado, como la obligación de no devolver y la obligación de respetar los derechos humanos de las personas sujetas a expulsión. También ha determinado cuáles son los derechos más importantes y ampliamente reconocidos de los extranjeros sujetos a expulsión, junto con las prohibiciones pertinentes que el derecho internacional impone a los Estados¹⁵.

10. En cuanto a la naturaleza de las normas que figuran en el proyecto de artículos, algunos Estados manifestaron sus dudas al respecto, y a veces sugirieron que el proyecto constituía esencialmente un caso de desarrollo progresivo del derecho más que de codificación¹⁶. En ese mismo orden de ideas, un Estado insta a ejercer prudencia cuando se generalicen normas tomadas de tratados y de mecanismos regionales o subregionales, que, según ese Estado «no pueden necesariamente tomarse como representativas de la práctica u *opinio juris* de los Estados»¹⁷. En la opinión de este Estado,

algunos proyectos de artículos van más allá tanto del derecho consuetudinario como del derecho convencional (*lex lata*). [...] Al definir las normas, la Comisión tiende a sobrevalorar la práctica de los órganos creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos, a costa, en ocasiones, de anular la propia norma que el tratado en cuestión pretende establecer¹⁸.

11. El Relator Especial señala, en relación con esta cuestión que, en la medida en que no existen en derecho internacional ni una regla ni un método reconocidos para el establecimiento de la *opinio juris*, parece muy difícil señalar que esa norma, que se desprende de una práctica general no constituye una norma de derecho consuetudinario. Solo el juez decide entre los protagonistas en caso de que surja una controversia al respecto. Quizás el resultado de la labor que realiza actualmente la Comisión sobre la costumbre pueda ser de ayuda en el futuro, pero todavía no se ha llegado a ese punto. De todos modos, que ciertos proyectos de artículos reflejen el desarrollo progresivo del derecho internacional en materia de expulsión

¹⁴ México, *ibíd.*, párr. 17.

¹⁵ Grecia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/67/SR.22), párr. 24.

¹⁶ Véase en particular Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A; República de Corea, *ibíd.*; y Países Bajos, *ibíd.*, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 25.

¹⁷ República Islámica del Irán, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 7.

¹⁸ *Ibíd.*

de extranjeros no debería tener nada de sorprendente, ni a la luz del estatuto de la Comisión, ni a la luz de la práctica que siempre ha mantenido.

12. A un Estado le preocupa que los distintos derechos humanos reconocidos en el proyecto de artículos

se derivan de diferentes instrumentos y convenios internacionales que pueden no haber recibido una aceptación universal, una situación que puede complicar la futura aplicación del proyecto de artículos, por cuanto un Estado no puede estar vinculado por obligaciones establecidas en virtud de tratados o acuerdos en los que no sea parte¹⁹.

13. Es fácil responder a esta inquietud si se recuerda que un Estado no está nunca obligado a respetar disposiciones que figuren en un instrumento jurídico internacional en que no sea parte.

14. En un sentido más radical, otro Estado

alienta a la Comisión a incluir una declaración al principio del proyecto de artículos en que se exprese claramente que los artículos no codifican el derecho internacional vigente ni reinterpretan tratados bien entendidos, que existen desde hace tiempo²⁰.

15. En la opinión del Relator Especial, no corresponde hacer una indicación de ese tipo, dado que ello no reflejaría el contenido del proyecto de artículos en que figuran, efectivamente, algunas disposiciones de desarrollo progresivo del derecho internacional en la esfera de la expulsión de los extranjeros, pero también, en una gran medida, disposiciones que implican la codificación de una práctica de los Estados que se encuentra bien establecida, que está consolidada desde la segunda mitad del siglo XIX y que se encuentra avalada por una jurisprudencia abundante. Tampoco en ese aspecto la Comisión ha hecho nada nuevo; procedió, ni más ni menos, con arreglo a su práctica.

16. Algunos Estados consideran que el término «extranjeros» [*«aliens»* en inglés] que figura en el título del proyecto tiene una connotación negativa en cuanto hace perder de vista que se está haciendo referencia a seres humanos²¹. Según uno de ellos, es por esa razón que su legislación fue modificada para reemplazar ese término por el de «*migrant»* o «*foreign nationals»*²². Si bien el Relator Especial entiende que la observación puede ser legítima y que está vinculada quizás a la dolorosa historia de un determinado régimen político, no parece que tenga sentido insistir excesivamente sobre esta cuestión que, fuera de las intervenciones de esos dos Estados, no ha suscitado ningún debate. Al principio, antes de que se adoptara el proyecto de artículos en primera lectura, la cuestión fue planteada en la Comisión pero no prosperó.

17. Otro Estado recomienda hacer una modificación terminológica consistente en sustituir los términos «legal/ilegal» por «situación migratoria regular/irregular» y la palabra «extranjero» por «persona extranjera» en todo

el proyecto de artículos²³. Ya se ha respondido a esta cuestión en lo que respecta a la utilización del término «extranjero». En cuanto a la «situación migratoria regular/irregular», no solo esta última expresión resulta muy vaga y excede en gran medida el marco del tema al hacer referencia al fenómeno migratorio, sino que los términos «regular/irregular» son imprecisos, dado que nada permite afirmar de manera absoluta que una situación regular es necesariamente legal.

18. Los Estados han expresado puntos de vista diferentes sobre los distintos aspectos del tema o sobre aspectos relacionados con él. Mientras que algunos critican que se haya recurrido excesivamente al derecho regional en un esfuerzo por determinar cuáles son las tendencias de la práctica internacional en materia de expulsión de extranjeros²⁴, otros en cambio ven con agrado que se haya tenido en cuenta el derecho europeo en la materia²⁵. Un Estado sugiere que dada la importancia que tiene la cuestión cuando se trata de decidir el Estado de destino de la persona objeto de expulsión, en el proyecto de artículos deberían abordarse los acuerdos de readmisión²⁶. Otro Estado considera que en la elaboración del proyecto de artículos, y más precisamente en los artículos 11, 12, 30 y 32, debería tenerse en cuenta la protección de los bienes de los extranjeros expulsados²⁷. Otro Estado

estima conveniente que se incorpore una disposición expresa relativa al derecho a la salud de las personas objeto de expulsión que se encuentran detenidas, [...] un derecho inalienable de toda persona, que supone el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social²⁸.

19. El Relator Especial no niega el interés que tienen estas propuestas. Sin embargo, es necesario destacar que el derecho regional forma parte del derecho internacional, que no puede dejarse de lado, sobre todo si se tiene en cuenta que la Comisión siempre ha recurrido a él en su labor; que la cuestión de los acuerdos de readmisión fue debidamente abordada por el Relator Especial en su séptimo informe²⁹ y que fue mencionada en el comentario del proyecto de artículo 29, pero que no podría tratarse en un proyecto de artículo en cuanto se refiere a relaciones directas (bilaterales) entre Estados; que la cuestión de la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión ha sido tratada en la proporción justa, en lo que respecta a las normas generales de derecho internacional que regulan la materia, sin perjuicio de lo que establezca el derecho interno de los Estados; que la cuestión del derecho a la salud del extranjero objeto de expulsión fue debatida en la Comisión tras la publicación del quinto informe del Relator Especial³⁰, sin que se encontrara fundamento en el derecho internacional para otorgar una protección más amplia que la que figura actualmente en el proyecto

²³ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A, párrs. 1 y 2.

²⁴ Véanse en particular las intervenciones de los Estados Unidos en la Sexta Comisión.

²⁵ Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 50.

²⁶ Grecia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/67/SR.22), párr. 25.

²⁷ República de Corea, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 120.

²⁸ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A, párr. 3.

²⁹ *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/642.

³⁰ *Anuario... 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611.

¹⁹ Indonesia, *ibíd.*, párr. 26.

²⁰ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A, párr. 1.

²¹ Perú, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 89, y Sudáfrica, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 79.

²² Sudáfrica, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 79.

de artículos. No es superfluo en ese sentido recordar que la Comisión no tiene el mandato de elaborar un nuevo instrumento de protección de los derechos humanos, sino de tratar la expulsión de los extranjeros y las consecuencias jurídicas que se desprenden de ella, incluso en la esfera del derecho internacional positivo de los derechos humanos.

20. Un Estado señala que «objeta cualquier sugerencia» de que la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven³¹ «constituye derecho internacional consuetudinario»³². Este Estado pide además que se precise si la expresión «derecho internacional general» empleada principalmente en el comentario del proyecto de artículos «se aplica también al derecho internacional consuetudinario y al derecho de los tratados»³³.

21. El Relator Especial solo puede tomar conocimiento de la objeción planteada por este Estado del valor consuetudinario de esa Declaración. En cuanto al alcance de la expresión «derecho internacional general», cabe recordar que ese término se asimila habitualmente al derecho consuetudinario, distinguiéndoselo así del derecho convencional. Según esta concepción, solo el derecho consuetudinario puede crear obligaciones *erga omnes*. Por lo tanto, en los casos *Plateau continental de la mer du Nord*, la Corte Internacional de Justicia se refiere a las normas y obligaciones «de derecho internacional general o consuetudinario» como normas y obligaciones

que por naturaleza deben aplicarse en condiciones de igualdad a todos los miembros de la comunidad internacional y que no pueden por tanto ser subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a criterio de alguno de los miembros de la comunidad en su propio provecho³⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no siempre es demasiado precisa en lo que respecta al contenido del «derecho internacional general». La Corte, en el caso *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, donde emplea varias veces esa expresión, utiliza esa expresión o el «derecho internacional consuetudinario»³⁵, de manera indistinta, distinguiendo en cambio el primer concepto del derecho convencional³⁶. En cambio, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*³⁷, la Corte se refiere a los principios de derecho internacional general y consuetudinario como si se tratara de dos conceptos distintos. Ante esta imprecisión, el Relator Especial se ha adherido a la acepción amplia de la expresión «derecho

internacional general» utilizada por la doctrina contemporánea³⁸, siguiendo a Anzilotti. Según Abi-Saab principalmente, quien se basa en un análisis del fallo *Plateau continental de la mer du Nord* ya citado, esta expresión no abarca solamente la costumbre eventualmente apoyada a título subsidiario por los principios generales del derecho, como pueden dar a entender ciertas formulaciones de la Corte, y no existe ninguna razón para excluir los tratados de carácter universal que tienen un carácter fundamentalmente normativo y pueden constituir así la base de una norma jurídica general³⁹.

2. COMENTARIOS Y SUGERENCIAS DE LOS ESTADOS A CADA ARTÍCULO

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

22. Algunos Estados consideran que no es apropiado incluir en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos tanto a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado como a aquellos que están presentes ilegalmente, ya que los derechos concedidos a cada grupo con respecto a la expulsión son demasiado divergentes⁴⁰. Como la situación de las dos categorías de extranjeros es diferente, el régimen de expulsión aplicable a ellos también tiene que ser diferente⁴¹. Otro Estado afirma sin ambages que los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado deberían excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de artículos⁴². En cambio, según otros Estados, el proyecto de artículos «debe abarcar tanto a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado como a aquellos cuya presencia sea ilegal»⁴³. Más precisamente, si bien se reconoce «que vale la pena abordar ambas categorías de extranjeros»⁴⁴, algunos Estados consideran que convendría «establecer con mayor claridad una diferenciación entre los derechos y las obligaciones de los extranjeros que se encuentran lícitamente en un país y los que se encuentran en él ilícitamente. En su mayoría, los derechos humanos y procesales deberían ser los mismos»⁴⁵, porque preocupa que el enfoque que mezcla a las dos categorías de extranjeros «lleve en ocasiones a interpretar erróneamente la distinción entre esas dos categorías de extranjeros en el derecho internacional»⁴⁶.

³⁸ Véase principalmente Abi-Saab, «Cours général de droit international public», págs. 197 a 203; Buzzini, «La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international», pág. 582; véase también Kamto, «La volonté de l'État en droit international», págs. 345 a 349.

³⁹ *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 42, párr. 72.

⁴⁰ Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 100, y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 1.

⁴¹ Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 33.

⁴² Iraq, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 21.

⁴³ Indonesia, *ibíd.*, párr. 25.

⁴⁴ Australia, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 1.

⁴⁵ Sudáfrica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 79.

⁴⁶ Véase la nota 44 *supra*.

³¹ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

³² Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. A, párr. 3.

³³ *Ibíd.*, párr. 2.

³⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, págs. 38 y 39, párr. 63. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 100.

³⁵ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, págs. 298 y ss., párrs. 110 a 112 y 114; pág. 326, párr. 191, y pág. 339, párr. 230. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 177.

³⁶ *Ibíd.*, pág. 265, párr. 19.

³⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 424, párr. 73. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188.

23. En opinión del Relator Especial, un proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros que se limitara solamente a la expulsión de extranjeros que se encontraran «legalmente» en el territorio del Estado expulsor sería de un interés extremadamente limitado, ya que dejaría fuera del ámbito de análisis a la categoría más numerosa de personas afectadas por la expulsión y respecto de las que más interesa el régimen jurídico de la expulsión en vista de su estatuto en el Estado expulsor. En realidad, la gran mayoría de los Estados que se han expresado sobre este punto coinciden en general en que es útil tratar la expulsión de las dos categorías de extranjeros y, si bien manifiestan dudas, formulan pocas sugerencias concretas. Por último, debe recordarse que la Comisión considera con razón que no se puede diferenciar entre los derechos humanos del extranjero que se encuentra legalmente en el territorio de un Estado y los del que se encuentra en él ilegalmente, porque tanto en un caso como en el otro, se trata de un ser humano cuyos derechos deben protegerse sin discriminación alguna. Es por ello que en el proyecto de artículos se procura hacer algunas diferencias sobre determinados derechos procesales, pero no sobre los derechos humanos fundamentales.

Artículo 2. Términos empleados

24. Algunos Estados estiman que la definición de expulsión que figura en el proyecto de artículo 2 es exhaustiva⁴⁷. Otros Estados piden que se aclaren ciertos términos o que se incluyan en la definición otros que no figuran en ella. Se ha considerado que la ampliación de la definición del término para que abarque «la conducta de un Estado y no sea un mero acto formal [...] es poco clara e inadecuada; la conducta del Estado no es pertinente en la cuestión de la expulsión y no se la debe incluir como elemento autosuficiente en la definición del término»⁴⁸. En el mismo sentido, y como consecuencia de ello, se recomienda que las palabras «o un comportamiento consistente en una acción o una omisión» deben «suprimirse», porque «serían contrarias a lo dispuesto en el proyecto de artículo 4, que se refiere a una resolución adoptada conforme a la ley»⁴⁹.

25. A primera vista la observación parece fundada. Sin embargo, cabe recordar en primer lugar que la jurisprudencia admite la expulsión como un comportamiento consistente en una acción o una omisión atribuible a un Estado, como surge del comentario al proyecto de artículo 2. Por lo tanto, el argumento de que se opone al proyecto de artículo 4 no puede prosperar: la expulsión como comportamiento atribuible a un Estado constituiría en ese caso una violación de la ley desde el punto de vista del procedimiento, con todas las consecuencias jurídicas de una expulsión formal. Cabe señalar que los Estados consideran que el comportamiento atribuible a un Estado

está incluido en la definición de la expulsión⁵⁰, aunque algunos desean que se hagan precisiones o aclaraciones en algunas disposiciones. Así pues, un Estado considera que correspondería definir el término «omisión»⁵¹. El Relator Especial piensa que ese término está bien establecido en el derecho internacional, en particular en el derecho de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, por lo que no es necesario definirlo nuevamente, dado que es en ese sentido que se lo emplea en este caso. Otro Estado «desea poner de relieve que el alcance de las palabras “comportamiento es atribuible a un Estado” debería tener el mismo umbral, en lo que respecta a la atribución de un comportamiento que el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos»⁵². El Relator Especial no tiene objeciones a que se haga esta precisión porque está de acuerdo en que la evaluación del comportamiento del Estado debería hacerse sobre la base de lo establecido por la Comisión en su labor sobre la responsabilidad del Estado; en cambio, no debería aceptarse la propuesta de suprimir el término «refugiado» que figura al final del apartado *a* del artículo 2, porque ello significaría modificar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Por último, un Estado considera que las definiciones de «expulsión colectiva» y de «expulsión encubierta», que figuran en el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, respectivamente, deberían incluirse en el proyecto de artículo 2⁵³. Esta propuesta no es aceptable porque las definiciones que figuran en este último artículo tratan sobre términos recurrentes que se aplican a todo el conjunto del proyecto de artículos, mientras que los términos a los que se refiere la propuesta atañen a casos específicos a los que se hace referencia solamente en los proyectos de artículos en los que figuran actualmente.

Artículo 3. Derecho de expulsión

26. El proyecto de artículo 3 complace a algunos Estados que consideran que «refleja con exactitud la situación de la normativa sobre el tema»⁵⁴. Un Estado propuso una modificación a la segunda fase de proyecto de artículo 3, que quedaría redactado de la siguiente manera: «Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales»⁵⁵. Esta formulación es demasiado vaga y no permite determinar cuáles son las obligaciones internacionales del Estado a las que se hace referencia; al igual que ocurre con un instrumento jurídico internacional, un proyecto de artículos —que no puede de por sí imponerse a un Estado— tiene un objeto preciso y no puede hacer referencia a todas las obligaciones de derecho internacional.

⁴⁷ Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 7; y Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 46.

⁴⁸ Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 98.

⁴⁹ Austria, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 2; véase en el mismo sentido la propuesta de modificación formulada por el Reino Unido en que se suprimen los mismos términos (*ibíd.*).

⁵⁰ Alemania, *ibíd.*, y Canadá, *ibíd.*

⁵¹ Alemania, *ibíd.*

⁵² Canadá, *ibíd.*, párr. 2.

⁵³ Congo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 46.

⁵⁴ Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 97; véase en el mismo sentido, India, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 17.

⁵⁵ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 3.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

27. Un Estado «presta su absoluto apoyo al proyecto de artículo 4 (Obligación de conformidad con la ley), ya que reafirma la seguridad jurídica de los extranjeros, independientemente de su estatus migratorio»⁵⁶. La propuesta de ese Estado de añadir el término «Estado» a continuación del término «decisión» parece innecesaria, ya que la decisión de expulsión solo puede ser tomada por un Estado. En sus observaciones sobre el proyecto de artículo 4, otro Estado considera que «[e]l proyecto de artículos debería referirse más concretamente a los actos en materia de inmigración llevados a cabo por las autoridades dentro del país»⁵⁷. Una referencia de esa índole quedaría fuera del alcance del proyecto de artículos, en la medida en que este no trata en absoluto de la manera en que los Estados regulan las cuestiones de inmigración en sus territorios.

Artículo 5. Motivos de expulsión

28. Un Estado considera que la redacción del proyecto de artículo 5 «[no] es satisfactoria, ya que se puede interpretar como que excluye la presencia ilícita del extranjero como fundamento que autorice la expulsión»⁵⁸. Ese riesgo no existe dado que, según la formulación del párrafo 2 de este artículo, sería posible la expulsión por violar la normativa sobre entrada y estancia de extranjeros, siendo la «presencia ilícita del extranjero» contraria a dicha normativa y, por lo tanto, constitutiva de un motivo de expulsión. Otro Estado considera que «[e]l proyecto de artículo debiera establecer el derecho del Estado de nacionalidad y el Estado de destino de las personas que son objeto de expulsión a solicitar información adicional respecto de los motivos de la expulsión»⁵⁹. Ese derecho no emana del derecho internacional positivo y la práctica de los Estados no parece consagrarlo. De todos modos, los motivos de expulsión no se limitan al orden público y la seguridad nacional, como ha pretendido un Estado⁶⁰, y la Comisión no se ha propuesto elaborar una lista exhaustiva en la materia, como parece sugerir otro Estado en sus observaciones⁶¹. El Relator Especial entiende que se proponga «añadir “las obligaciones que le corresponden en virtud del” antes de “derecho internacional” a fin de evitar ambigüedades o interpretaciones divergentes de “contrario al derecho internacional”»⁶². Sin embargo, dado que es obvio que en el orden internacional un Estado solo queda vinculado por sus obligaciones de derecho internacional, esa aclaración podría hacerse en el comentario al proyecto del artículo 5 si fuera necesaria. Un Estado propone restringir el ámbito de aplicación del párrafo 3 del artículo 5 solamente a los extranjeros que se encuentren legalmente

en el territorio del Estado⁶³, sin embargo, otro sugiere eliminar la última parte de este párrafo, en la que se establece que el motivo de expulsión deberá ser evaluado teniendo en cuenta «la gravedad de los hechos y a la luz de todas las circunstancias, incluido el comportamiento del extranjero en cuestión»⁶⁴. La primera propuesta no se corresponde con el punto de vista de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema, que ha sido aprobado por los Estados en la Sexta Comisión, y la segunda no tiene en cuenta la jurisprudencia que existe en la materia. En cuanto a la solicitud de que «en el comentario al artículo 5 se aclare que los motivos de expulsión se examinarán en el momento de adoptar la decisión y no en el momento de la expulsión»⁶⁵, el Relator Especial no tiene objeciones a la misma y sugiere a la Comisión que la acoja favorablemente.

Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados

29. Un Estado señala que «no reconoce el estatuto de refugiado, ya que su país no es parte [en] la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados ni [en] el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados»⁶⁶. Solo cabe tomar nota de ello. Otro Estado señala que los proyectos de artículos 6 y 7 que se refieren a refugiados y apátridas, respectivamente, deberían hacer mención del concepto de asilo, «ya que ese concepto es pertinente para muchas personas, particularmente en su región [América del Sur]»⁶⁷. La Comisión ha excluido el asilo del alcance del tema de la expulsión de extranjeros, porque el asilo tiene un régimen jurídico muy específico que dificulta esa integración en el tema bajo estudio. Además, se trata de una institución eminentemente política, ya que los motivos para el otorgamiento del asilo dependen fundamentalmente de la evaluación de la situación política del solicitante del asilo o de la naturaleza de las relaciones entre el Estado de refugio y el Estado de origen del solicitante. Como la Corte Internacional de Justicia recordó en su fallo de 13 de junio de 1951 en el caso *Haya de la Torre*, el asilo diplomático es, según la Convención fijando las Reglas que deben observarse para la Concesión del Asilo, «una medida provisoria para la protección temporaria de delincuentes políticos»⁶⁸. Las vías por las que el asilo puede llegar a su fin «están condicionadas por elementos de hecho y por posibilidades que, en muy gran medida, solamente las partes pueden evaluar»⁶⁹, lo que lleva a tomar «decisiones inspiradas en consideraciones de conveniencia y de simple oportunidad política»⁷⁰. Está claro que, en estas condiciones, sería arriesgado proceder a codificar en la materia.

30. *Párrafo 1.* Un Estado sugiere que el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 tenga en cuenta las excepciones

⁵⁶ El Salvador, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 44.

⁵⁷ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones a los artículos 2 y 4.

⁵⁸ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 98.

⁵⁹ Belarús, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 106.

⁶⁰ Rumania, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 86.

⁶¹ República Islámica del Irán, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 9.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 5.

⁶⁴ Canadá, *ibíd.*, párr. 1.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 2.

⁶⁶ Malasia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 108.

⁶⁷ Perú, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 90.

⁶⁸ Caso *Haya de la Torre*, fallo, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 80. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 27.

⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 79.

⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 81.

previstas en el párrafo F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y que las disposiciones en cuestión se incorporen en el proyecto de artículo 6 como «salvedad»⁷¹. Otro Estado desea que el proyecto permita «la expulsión de extranjeros, incluidas las personas reconocidas por otros países como refugiados en virtud de la Convención, que hayan cometido violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad»⁷². En respuesta a estas sugerencias, cabe indicar que la Comisión no ha querido retomar en el marco del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros el conjunto de normas relativas a la expulsión de refugiados y apátridas, no solamente porque los regímenes jurídicos de esas categorías de personas ya son objeto de instrumentos jurídicos internacionales que no es pertinente reproducir *in extenso* aquí, sino también porque en algunos de esos instrumentos se incluyen elementos de carácter regional. Es por eso que, además de que en el proyecto de artículos se recogen los grandes principios en la materia, en el proyecto de artículo 8 figura una suerte de cláusula de salvaguardia que se denomina «Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas». Por otra parte, en el comentario al proyecto de artículo 6 se señala que

toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes está excluida de la protección que se reconoce en el proyecto de artículo 6 y puede ser expulsada por motivos distintos de los previstos en el párrafo 1, por el solo hecho de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea ilegal. En ese sentido, el párrafo 2 debe entenderse sin perjuicio del derecho de un Estado a expulsar, por razones distintas de las indicadas en el proyecto de artículo 6, al extranjero que haya presentado una solicitud manifiestamente abusiva con el fin de obtener la condición de refugiado⁷³.

Sin embargo, a fin de tomar plenamente en cuenta las preocupaciones expresadas en las sugerencias mencionadas, el Relator Especial propone incluir una aclaración en el párrafo 1 del comentario al artículo 6 en que se señale que este proyecto de artículo debe leerse junto con el proyecto de artículo 8 y teniendo presente las disposiciones del párrafo F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

31. *Párrafo 2.* Algunos Estados cuestionaron el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 porque representaría «un desarrollo progresivo más que codificación»⁷⁴. Un Estado señaló que

[e]sta disposición amplía de manera considerable las obligaciones contraídas en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que se aplican únicamente a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado⁷⁵.

Otro Estado señaló que

[s]ería preferible ceñirse al régimen establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o bien suprimir el párrafo 2 del proyecto

⁷¹ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 6.

⁷² Canadá, *ibíd.*, párr. 4.

⁷³ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 46, comentario al artículo 6, párr. 4.

⁷⁴ Rumania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 86.

⁷⁵ Australia, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 6.

de artículo [6], o en caso de mantenerse, sustituir «se aplicarán» por «podrán aplicarse», dejando a la discreción del Estado expulsor la cuestión de acordar o no el mismo tratamiento a las dos categorías de refugiados⁷⁶.

32. Con respecto a la observación de que el párrafo 2 representaría un desarrollo progresivo más que codificación del derecho, el comentario a ese párrafo en el proyecto del artículo 6 es bastante claro. En cuanto a ceñirse al régimen establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ello equivaldría a ignorar la práctica ulterior de los Estados en ese ámbito, que está en consonancia con el enunciado del párrafo 2. Por último, reemplazar en ese párrafo el verbo «se aplicarán» por «podrán aplicarse» significaría crear una facultad más que una obligación, por lo que la disposición sería irrelevante, ya que un Estado no necesita una norma de esa naturaleza para extender las disposiciones del párrafo 1 al caso previsto en el párrafo 2.

33. Según otra propuesta, el párrafo 2 debería referirse a «un extranjero» en lugar de a «un refugiado»⁷⁷. La razón por la que esta sugerencia no puede aceptarse se encuentra en el comentario al párrafo 2 del proyecto de artículo 6 y es la siguiente:

el párrafo 2 solo se refiere a las personas que, aunque no gozan de la condición de refugiado en el Estado de que se trata, corresponden a la definición de «refugiado» en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o, en su caso, otros instrumentos pertinentes, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 1969, y, por consiguiente, deben ser reconocidas como refugiados en virtud del derecho internacional⁷⁸.

También se ha sugerido hacer una formulación negativa del párrafo 2, en que se establezca que «[l]as disposiciones del párrafo 1 [...] no se aplicarán a ningún refugiado» que haya solicitado «que se le reconozca la condición de refugiado con el único objetivo de presentar esa solicitud, mientras esa solicitud se esté examinando»⁷⁹. Esta formulación restringiría considerablemente el alcance de la disposición en cuestión y se alejaría mucho del espíritu del enunciado actual del párrafo 2.

34. *Párrafo 3.* Un Estado «está de acuerdo con los términos empleados en el artículo 6, párr. 3»⁸⁰. En cambio, otro entiende que el párrafo es incompatible con el párrafo 8 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con los proyectos de artículos 23 y 24⁸¹. El Relator Especial no ve en qué esto sería así y no considera que sea mejor hacer un remisión expresa, como sugieren algunos Estados⁸², a los proyectos de artículos 23

⁷⁶ República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 10.

⁷⁷ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 1 de las observaciones al artículo 6.

⁷⁸ Véase la nota 73 *supra*.

⁷⁹ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 2 de las observaciones al artículo 6.

⁸⁰ Canadá, *ibíd.*, párr. 3 de las observaciones al artículo 6.

⁸¹ Perú, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 90.

⁸² Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 48; e Iraq, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 22.

y 24 en el propio texto del proyecto de artículo 6 en lugar de hacerlo en el comentario, como ocurre actualmente. Después de todo, el proyecto de artículos constituye un todo cuyos elementos se vinculan entre sí.

Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas

35. Un Estado estima necesario mencionar el asilo en el proyecto de artículo 7, y añadir en él

una cláusula de salvaguardia del tipo enunciado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6, de modo que los apátridas que se encuentran ilegalmente presentes al entrar en un Estado tengan oportunidad de regularizar su situación⁸³.

Respecto a la mención del asilo, siguen siendo válidos los argumentos presentados en respuesta a las observaciones relativas al proyecto de artículo 6. Dado que la situación de los apátridas no presenta las mismas condiciones que la de los refugiados ni sigue sus mismos procedimientos, no corresponde conceder automáticamente a los apátridas la protección prevista en el párrafo 2 *in fine* del proyecto de artículo 6.

36. Otro Estado considera que el proyecto de artículo 7 es redundante, ya que en el comentario del proyecto de artículo 2 se indica que la definición del término «extranjero» engloba a los apátridas⁸⁴. Basta con recordar que una explicación dada en el comentario no constituye una declaración normativa. En cuanto a la dificultad que tiene dicho Estado en entender por qué utilizar el término «legalmente», dado que «una vez que la persona ha sido objeto de una expulsión, ya no se encuentra legalmente en el país; las expulsiones deben ser conformes a la ley»⁸⁵, basta también recordar que la hipótesis de expulsión de un «apátrida que se encuentre legalmente en el territorio» de un Estado está prevista en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas

37. Según una comunidad de Estados, el proyecto de artículo 8 debería indicar claramente que las otras normas sobre la expulsión de refugiados y apátridas previstas en este proyecto de artículo son aquellas que resulten más favorables a las personas objeto de expulsión⁸⁶. El Relator Especial considera que en el comentario de dicho proyecto de artículo se podría hacer una aclaración de ese tipo.

Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión

38. Un Estado lamenta «que se haya eliminado del proyecto de artículos el principio según el cual un Estado no puede expulsar a sus propios nacionales»; ahora bien, «la prohibición de la privación de la nacionalidad a los

finde de la expulsión quedaría negada si no se siguiera prohibiendo al Estado expulsar a sus nacionales». Según este Estado, habría allí una incoherencia que habría que corregir⁸⁷. El Relator Especial ha hecho todo lo posible por convencer a la Comisión y a los Estados de que convendría que hubiera una disposición que recordara ese principio en el proyecto de artículo. Sin embargo, no lo ha logrado, ya que los unos y los otros estiman, no sin razón desde un punto de vista formal, que una disposición de esa naturaleza no formaría parte del tema «Expulsión de extranjeros». Dado que el proyecto de artículo 9 solo responde de forma bastante implícita y un tanto imperfecta a esa inquietud, el Relator Especial se pregunta si no podría recordarse el principio de prohibición de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales en el comentario relativo a dicho proyecto de artículo. Con respecto a la modificación dirigida a añadir al texto actual del proyecto de artículo 9 la frase siguiente: «lo que no obsta a que los motivos que den lugar a dicha privación, previstos por la ley, también puedan constituir por sí mismos motivo de expulsión»⁸⁸, parecería ser redundante, en la medida que toda expulsión es legalmente válida si se hace conforme a la ley y respetando las obligaciones internacionales del Estado.

Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva

39. Sin oponerse al proyecto de artículo 10, un grupo de Estados pide que en el comentario se indique si este constituye un desarrollo progresivo del derecho internacional en materia de expulsión de extranjeros⁸⁹. Un Estado considera que el proyecto de artículo no representa el derecho consuetudinario y recomienda a la Comisión «que actúe con cautela respecto a su codificación en el proyecto de artículos»⁹⁰. Sin embargo, en términos generales el proyecto de artículo 10 ha recibido el apoyo de la mayoría de los países que se han pronunciado respecto a este tema: un Estado estima que la redacción actual del proyecto de artículo «refleja con exactitud la situación de la normativa sobre el tema»⁹¹; otro Estado lo considera «una norma general aplicable a todos los extranjeros»⁹² y piensa además que «no debe mencionarse ningún grupo específico, por ejemplo, los trabajadores migratorios»⁹³; por su parte, otro Estado expresa su «beneplácito» por el hecho de que

⁸⁷ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19)*, párr. 101; véase también a este respecto las observaciones al artículo 1 de Marruecos, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C.

⁸⁸ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 2 de las observaciones al artículo 9.

⁸⁹ Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18)*, párr. 47.

⁹⁰ Australia, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 10.

⁹¹ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19)*, párr. 97.

⁹² Alemania, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 100 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 10.

⁹³ Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18)*, párr. 100; y la República de Corea propone «suprimir este párrafo», documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 10.

⁸³ Perú, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 90.

⁸⁴ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 1 de las observaciones al artículo 7.

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 2.

⁸⁶ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18)*, párr. 58 y comentarios por escrito, párrs. 11 y 12 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

el proyecto de artículo «no prevé ninguna excepción a la prohibición de la expulsión colectiva»⁹⁴.

40. Tres Estados han hecho propuestas de enmienda a este proyecto de artículo 10. Un primer Estado propone introducir nuevamente en el párrafo 1 la definición del término «expulsión»⁹⁵: esta propuesta no resulta pertinente, dado que el término «expulsión» ya está definido en el proyecto de artículo 2. El mismo Estado prefiere en el párrafo 3 el término «simultáneamente» antes que «conjuntamente»⁹⁶, siendo ambos sinónimos. Además, prefiere que el mismo párrafo diga «siempre que la medida se adopte conforme a la ley y por medio de un proceso individual»⁹⁷: esta fórmula es menos precisa que el texto vigente, el cual, por otra parte, se sustenta en la jurisprudencia internacional. El Estado en cuestión propone también que el párrafo 4 termine con «conflicto armado» y que por ende se suprima la frase «en que participe el Estado expulsor»⁹⁸: una enmienda así no podría admitirse, ya que daría un alcance demasiado amplio a este párrafo, que no se refiere a todo conflicto armado, sino únicamente a un conflicto armado en que participe el Estado expulsor. Un segundo Estado ha hecho una propuesta de enmienda al párrafo 3⁹⁹, pero esta no mejora en nada la redacción vigente de dicho párrafo. Un tercer Estado propone agregar al final del párrafo 2 la siguiente frase: «Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios [sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3]»¹⁰⁰: si se admite esta adición entre corchetes, se haría decir al párrafo 3 algo que no dice, a saber que la expulsión colectiva se permitiría en determinados casos o bajo ciertas circunstancias, mientras que, tal como lo recordó más arriba otro Estado, se trata de una regla general.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta

41. Salvo un Estado que reitera su postura de que «la expulsión solo puede llevarse a cabo mediante un acto jurídico del gobierno»¹⁰¹, en su conjunto los Estados que se han pronunciado sobre este proyecto de artículo lo han acogido favorablemente¹⁰². Sin embargo, un Estado indica que «no es claro»¹⁰³, en particular en lo que se refiere a su alcance; otro Estado considera que la definición de expulsión encubierta se presta a una «interpretación demasiado amplia»¹⁰⁴. Estas observaciones, al igual

⁹⁴ Suiza, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 74.

⁹⁵ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 10.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 4.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 7.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 6.

⁹⁹ República de Corea, *ibid.*, párr. 1.

¹⁰⁰ Reino Unido, *ibid.*, párr. 2.

¹⁰¹ Austria, *ibid.*, observaciones al artículo 11.

¹⁰² Alemania, *ibid.*, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 101; Belarús, *ibid.*, párr. 108; Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 87; e Iraq, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 23;

¹⁰³ Países Bajos, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 11.

¹⁰⁴ Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión

que las propuestas de enmienda¹⁰⁵ formuladas por algunos Estados se sustentan en preocupaciones de los países —sin duda legítimas— y no en el derecho internacional y más precisamente en la jurisprudencia internacional, como sucede en el caso del proyecto de artículo 11 vigente. Por último, un Estado pide que se indique en el comentario del proyecto de artículo 11 que «la expulsión encubierta no solo es ilícita, sino que también podría entrañar la responsabilidad internacional del Estado expulsor»¹⁰⁶. Esa indicación resultaría redundante, dado que se admite que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado —y una expulsión encubierta lo es— entraña responsabilidad internacional.

Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes

42. Entre los Estados que se han pronunciado sobre este proyecto de artículo, un Estado declara que

[s]i bien su objetivo subyacente —es decir, prohibir que los Estados expulsen extranjeros a fin de confiscar sus bienes— está justificado y merece apoyo, en la práctica quizás no sea posible probar las intenciones del Estado. Además, quizás se presenten situaciones en que, con arreglo a las leyes del Estado en cuestión, los delitos cometidos por un extranjero tal vez se sancionen tanto con la expulsión como con el decomiso de bienes. En tales casos, la no aplicación de las disposiciones jurídicas sobre decomiso simplemente porque dicha persona también está sujeta a la expulsión apenas podría justificarse, ya que en tal caso el extranjero disfrutaría de una situación más privilegiada que los nacionales del Estado¹⁰⁷.

En opinión del Relator Especial, no es más difícil en este caso que en otros determinar la intención de un Estado. En el derecho, la intencionalidad de un acto o de un comportamiento se deriva siempre del examen de los hechos y no de una exploración psicológica. Por lo que respecta a la segunda observación, esta no entra en la hipótesis de una «expulsión con fines de confiscación», ya que se trata de un caso previsto expresamente por la ley.

Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición

43. Algunos Estados mantienen su postura anterior de que «las cuestiones relacionadas con la extradición deben excluirse del proyecto de artículos»¹⁰⁸, o de que el proyecto de artículo 13, que un Estado considera impreciso, «debería suprimirse o limitarse a los casos de inmigrantes legales»¹⁰⁹. Por el contrario, varios Estados se muestran a favor del proyecto de artículo 13¹¹⁰, considerando que

(A/C.6/67/SR.18), párr. 101 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 11; véase también Países Bajos, *ibid.*

¹⁰⁵ Véanse las propuestas del Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 11, y la República de Corea, *ibid.*

¹⁰⁶ Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 109.

¹⁰⁷ Federación de Rusia, *ibid.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 33.

¹⁰⁸ Polonia, *ibid.*, párr. 70.

¹⁰⁹ República Checa, *ibid.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 123 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 13.

¹¹⁰ India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20),

(Continuación en la página siguiente.)

sus disposiciones son «convincientes»¹¹¹ o que «constituye una mejora respecto del texto examinado en el período de sesiones anterior»¹¹². La enmienda a este proyecto de artículo propuesta por un Estado, consistente en añadirle la fórmula «a falta de un propósito legítimo respecto de la inmigración»¹¹³, desvirtuaría el proyecto de artículo en la medida en que dicha fórmula tiende a introducir una derogación que no permite la redacción vigente del proyecto de artículo. Como lo muestra el comentario sobre este proyecto de artículo, la Comisión no solo se ha apoyado en los elementos de jurisprudencia relativos a este tema, sino que ha formulado esta disposición de manera tal que no constituya un obstáculo a una expulsión ejecutada conforme a la ley.

Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

44. Hay un Estado que, sin oponerse al proyecto de artículo, estima que si se interpreta que los «principios generales ya inherentes a la legislación» en él enunciados constituyen «obligaciones sustantivas, su contenido concreto puede resultar difícil de articular»¹¹⁴. Por las mismas razones, otro Estado considera que el párrafo 1 de dicho proyecto «es redundante»¹¹⁵. Basta recordar aquí, como lo muestra el comentario y como lo ha hecho un Estado que apoya este proyecto de artículo, que su «redacción actual [...] refleja con exactitud la situación de la normativa sobre el tema»¹¹⁶. Por lo que respecta a las propuestas de enmienda formuladas por dos Estados, ellas son claramente contradictorias: en una se sugiere que el párrafo 2 diga que «[Se respetarán todos los derechos humanos de la persona objeto de expulsión], incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos»¹¹⁷, mientras que en la otra, por motivos opuestos, el otro Estado recomienda suprimir la frase «incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículo en el artículo 14, párr. 2»¹¹⁸. El Relator Especial se limita a remitir al comentario del proyecto de artículo 11.

(Continuación de la nota 110.)

párr. 18; Portugal, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 60; véase también Chile, *ibíd.*, párr. 7, y Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 13.

¹¹¹ India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 18.

¹¹² Portugal, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 60.

¹¹³ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 13.

¹¹⁴ Australia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 3.

¹¹⁵ Países Bajos, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 26, y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 14.

¹¹⁶ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 97.

¹¹⁷ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 4 de las observaciones al artículo 14.

¹¹⁸ Canadá, *ibíd.*

Artículo 15. Obligación de no discriminar

45. Un Estado, a pesar de «apoyar el objetivo de eliminar la discriminación ilegal», considera «particularmente preocupante el hecho de que este proyecto de artículo sea contrario a la legislación y a la práctica interna en vigor»¹¹⁹. Por su parte, otro Estado estima que dicho proyecto de ley permite evitar que se utilice «la expulsión como práctica xenófoba o discriminatoria» y «observa con satisfacción la inclusión del proyecto de artículo 15» en el proyecto de artículos¹²⁰. Además, como en todas las otras disposiciones relativas a los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión, no hay allí nada nuevo que no exista ya en el derecho internacional positivo. La única propuesta de enmienda a este proyecto de artículo formulada por un Estado¹²¹ no aporta nada nuevo ni mejora su redacción.

Artículo 16. Personas vulnerables

46. En el comentario sobre este proyecto de artículo se da respuesta a las observaciones formuladas por algunos Estados y una comunidad de Estados¹²². En cuanto a las cuestiones lingüísticas planteadas por un Estado¹²³, se dará solución a ellas en el marco del grupo lingüístico del Comité de Redacción.

Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

47. Un Estado considera que esta disposición es «redundante»¹²⁴, mientras que otro, si bien no pide que se suprima, no obstante

no estaría de acuerdo en ampliar la interpretación de esta disposición, que establecería en esencia el compromiso sin reservas de proporcionar servicios de salud gratuitos a inmigrantes ilegales o la aceptación de que los inmigrantes ilegales con problemas graves de salud pueden invocar su necesidad continua de recibir tratamiento médico para permanecer [en el país] en violación de sus leyes de inmigración¹²⁵.

Se toma nota de esas observaciones, que no afectan en nada la pertinencia del proyecto de artículo.

Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

48. Solo un Estado ha hecho una observación sobre el proyecto de artículo 18, pero en ella no queda claro de qué forma la redacción de este proyecto de artículo podría

¹¹⁹ Reino Unido, *ibíd.*, párr. 2 de las observaciones al artículo 15.

¹²⁰ Cuba, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 40.

¹²¹ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 15.

¹²² Marruecos, *ibíd.*, observaciones al artículo 16; UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 60, y comentarios por escrito, párr. 14 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹²³ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 16.

¹²⁴ Austria, *ibíd.*, observaciones al artículo 17.

¹²⁵ Reino Unido, *ibíd.*

llevar a la conclusión de que no se aplican los otros derechos humanos que no se mencionan en esta disposición¹²⁶.

Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión

49. Un Estado se muestra decididamente a favor del proyecto de artículo 19 y considera que su redacción actual «refleja con exactitud la situación de la normativa sobre el tema»¹²⁷. Según otro Estado, en ese proyecto se tienen en cuenta las preocupaciones de algunos países «en donde en ocasiones la expulsión se aplica como sanción accesoria a un extranjero condenado por la comisión de un delito»¹²⁸. Los muchos otros comentarios formulados por diversos Estados¹²⁹ pretenden simplemente preservar prácticas nacionales o preferencias normativas, sin consideración del estado del derecho internacional o de las principales tendencias en esa materia.

50. Se han propuesto diversas enmiendas a este proyecto de artículo. La mayoría de ellas expresan también preferencias normativas¹³⁰ más que posturas sustentadas en las reglas del derecho internacional positivo o en las tendencias consolidadas en la práctica. Un Estado propone añadir al texto del apartado *a* del párrafo 2 la fórmula siguiente: «en todas las circunstancias»¹³¹. El Relator Especial sugiere incorporar esta idea al comentario. El mismo Estado propone que al final del apartado *b* del mismo párrafo 2 se añada la fórmula «o por una persona facultada para ejercer esas funciones de conformidad con la ley, y estará sujeta a control judicial»¹³². En opinión del Relator Especial, no hace falta señalar que una persona «solo puede ejercer las funciones jurisdiccionales en virtud de la ley»; pero si esta precisión se considerara indispensable, no tendría objeción en que al final del apartado *b* del párrafo 2 se añadiera la fórmula «en virtud de la ley». Con respecto al resto, la frase «sujeta a control judicial» parecería aquí redundante, dado que todo poder jurisdiccional —ya se trate del que detenta una jurisdicción o una instancia habilitada— puede en principio ser objeto de control mediante un recurso jurisdiccional.

51. Una comunidad de Estados ha hecho importantes propuestas de enmienda¹³³. La primera se refiere al

¹²⁶ Austria, observaciones al artículo 18.

¹²⁷ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 97.

¹²⁸ China, *ibíd.*, párr. 53.

¹²⁹ Austria, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 19; Países Bajos, *ibíd.*; República de Corea, *ibíd.*; Perú, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 91; El Salvador, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 45; Congo, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 46; Alemania, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 102 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 19.

¹³⁰ Bélgica, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 19; Canadá, *ibíd.*; El Salvador, *ibíd.*; y Países Bajos, *ibíd.*

¹³¹ Reino Unido, *ibíd.*, párr. 4.

¹³² *Ibid.*

¹³³ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 61 y comentarios por escrito, párr. 18 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

título del proyecto de artículo, que en su opinión debería ser «Detención de un extranjero objeto de expulsión» en lugar de «Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión». Dado que el alcance del proyecto de artículo 19 excede las condiciones de detención *stricto sensu*, el Relator Especial no se opone a la aceptación de esa propuesta. La segunda propuesta de enmienda consiste en un nuevo párrafo 1 cuya redacción debería ser la siguiente:

Solo debe recurrirse a la detención si esta es necesaria para preparar y/o llevar a cabo el proceso de expulsión, en particular cuando exista riesgo de fuga o si el extranjero evita u obstaculiza la expulsión. Solo se podrá imponer la detención si no es posible aplicar medidas menos coercitivas en un caso determinado.

Esta enmienda llevaría aparejada la supresión del actual párrafo 1, apdo. *b*, y se debería modificar el párrafo 2, apdo. *b*, mediante la adición de las siguientes palabras: «o por una autoridad administrativa, cuya decisión esté sujeta a un control judicial eficaz». Esta propuesta es de por sí interesante, pero su puesta en práctica podría suscitar dificultades importantes para el Estado expulsor, que tendría que probar en caso de detención que esta es necesaria para preparar o ejecutar la expulsión, y en particular cuando «exista riesgo de fuga o si el extranjero evita u obstaculiza la expulsión». En opinión del Relator Especial, a este respecto conviene permitir al Estado determinar si corresponde o no detener al extranjero objeto de expulsión en vista de ese objeto, sin tener que responder a una obligación en esa materia.

52. La misma comunidad de Estados propone la introducción de un proyecto de artículo 19 *bis* que llevaría el título «Condiciones de detención de los extranjeros objeto de expulsión»¹³⁴ y que desarrolla una serie de derechos de los que deberá gozar el extranjero objeto de expulsión. Se ignora si esos derechos se inspiran en la práctica europea: ciertamente no aparecen consagrados en el derecho positivo, y la práctica de los Estados en esta materia es tan heterogénea y discordante que resulta difícil detectar una tendencia que impulse un desarrollo progresivo del derecho en esta cuestión. No se aprecia de dónde se derivaría la regla según la cual los «establecimientos de detención» de los extranjeros objeto de expulsión «deberán ofrecer alojamiento limpio y con suficiente superficie habitable para el número de personas que alberguen» (párr. 1); el derecho de los detenidos de tener acceso «a médicos [y] organizaciones no gubernamentales» (párr. 3); el derecho de los niños «a la educación y a participar en juegos y actividades recreativas adecuados a su edad» (párr. 6); y el derecho de los niños no acompañados de recibir «alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad» (párr. 6).

Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

53. La cuestión de saber si el proyecto de artículo 20 impulsa la codificación o el desarrollo progresivo del derecho¹³⁵ encuentra una respuesta clara en el comentario

¹³⁴ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 62, y comentarios por escrito, párr. 18 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹³⁵ Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 47.

de este proyecto de artículo, así como en la recomendación formulada por un Estado de que se modifique este proyecto de artículo «para reflejar mejor los derechos y las obligaciones que figuran en los instrumentos universales»¹³⁶. Las reticencias de un Estado¹³⁷ respecto a este proyecto de artículo y su rechazo por parte de otro Estado¹³⁸ están motivados por consideraciones nacionales y no por argumentos sacados del derecho positivo o de tendencias consolidadas en la práctica. Sucede lo propio con la enmienda propuesta por un Estado dirigida a sustituir la fórmula «que se mantenga un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión» por la siguiente:

cuando constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás¹³⁹.

En definitiva, en aras de una mayor coherencia se propone colocar el proyecto de artículo 20 antes que el proyecto de artículo 19. En opinión del Relator Especial, uno puede ser colocado delante del otro y viceversa sin que se vea afectada la coherencia del proyecto.

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

54. El proyecto de artículo 21 ha recibido un claro apoyo de algunos Estados¹⁴⁰. Otros Estados, si bien lo aprueban, expresan puntos de vista o preferencias que no han dado lugar a propuestas de enmienda¹⁴¹. Por su parte, un Estado¹⁴² rechaza abiertamente este proyecto de artículo —ni siquiera como medida de desarrollo progresivo del derecho—, ya que le «suscita importantes inquietudes» por motivos de política nacional. En efecto, este Estado desearía mantener «la flexibilidad de ejecutar la expulsión con las restricciones que esta impone, a fin de asegurarse que dichas personas [las personas de alto riesgo] no puedan volver legalmente al [país]»¹⁴³. Se toma nota de esta postura. Pero el hecho de que «en el derecho internacional vigente [no] exista un fundamento sólido»¹⁴⁴ para este proyecto de artículo no quiere decir que esté desprovisto de todo fundamento en el orden jurídico, como lo ha demostrado la Comisión en el comentario sobre dicho proyecto de artículo. Por último, la propuesta de enmienda dirigida a modificar el proyecto de artículo a

fin de que «debe preferirse»¹⁴⁵ o de «promover con más claridad la salida voluntaria»¹⁴⁶ no solamente no parece tener en cuenta la redacción del párrafo 1, sino que tiende a hacer por medio del proyecto de artículo aquello que incumbe a los Estados, pudiendo cada uno de estos actuar a este respecto conforme a sus propias políticas y a su derecho interno.

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

55. Un grupo de Estados considera que el proyecto de artículo 22 es «útil y correcto desde el punto de vista jurídico»¹⁴⁷. Además, este ha sido objeto de diversos comentarios por parte de otros Estados, sin que al respecto se haya realizado ninguna observación sustancial o se le haya puesto en tela de juicio. En efecto, se ha propuesto que las disposiciones de este proyecto de artículo «deben estar sujetas explícitamente a las condiciones establecidas en los proyectos de artículos 6 [...], 23 [...] y 24»¹⁴⁸. Se trata de una propuesta redundante en la medida que, tal como se ha señalado anteriormente en respuesta a una observación similar, el proyecto de artículo forma un todo y por ende debe ser leído e interpretado como tal. Se ha criticado en particular el hecho de que el proyecto de artículo 22 «no hace referencia a las consecuencias financieras del traslado ni especifica qué parte sufragará el costo de la expulsión»¹⁴⁹, olvidando que existen prácticas nacionales en la materia y que, en cualquier caso, el proyecto de artículo no puede solucionar este tipo de cuestiones, que incumben a cada uno de los Estados. Además, se ha propuesto suprimir del párrafo 1 la frase «en su caso» en lo que respecta a la opción del Estado de destino por el extranjero objeto de expulsión, argumentando que su solicitud «siempre debe ser tenid[a] en cuenta»¹⁵⁰: ello suponría desconocer la práctica con arreglo a la cual el proceso de expulsión podría quedar paralizado si en todas las circunstancias se debiera dar primacía a la opción o a la solicitud de dicho extranjero. Por otra parte, se ha sostenido que siempre se debe solicitar el consentimiento del Estado de destino¹⁵¹: una exigencia de ese tipo podría constituir en ciertos casos un verdadero obstáculo a la expulsión. La propuesta de incluir en el comentario del párrafo 2 que este no establece una obligación de acoger¹⁵² ya se toma en cuenta en él, habiéndose expresado este punto de vista en la Comisión durante el examen del proyecto de artículo en primera lectura. Por último, la enmienda propuesta por una comunidad de Estados dirigida a añadir

¹³⁶ Australia, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 20.

¹³⁷ Canadá, *ibíd.*

¹³⁸ Malasia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 109.

¹³⁹ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 7 de las observaciones al artículo 20.

¹⁴⁰ Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 34; Portugal, *ibíd.*, párr. 60, y Hungría, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 51; véase también Australia, *ibíd.*, párr. 3, que prefiere que esta disposición «solamente pueda servir de guía para las leyes y las políticas nacionales».

¹⁴¹ Grecia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/67/SR.22), párr. 25, y Perú, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 92.

¹⁴² Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 21.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Países Bajos.

¹⁴⁶ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 63, y comentarios por escrito, párr. 21 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹⁴⁷ Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 46.

¹⁴⁸ Sudáfrica, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 80.

¹⁴⁹ Perú, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 93.

¹⁵⁰ Sudáfrica, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 80.

¹⁵¹ Sudáfrica, *ibíd.*; véase también Cuba, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 40.

¹⁵² Austria, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 22.

al párrafo 1 la frase «y será readmitido por»¹⁵³ no parece acertada en la medida en que la obligación de admisión, y por ende también la de readmisión, figura en lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Por su parte, el comentario del párrafo 1 del proyecto de artículo 22 recuerda que el Estado de nacionalidad tiene «la obligación de acogerlo [a su nacional] en virtud del derecho internacional»¹⁵⁴.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas

56. Los Estados que han formulado comentarios sobre este proyecto de artículo han expresado puntos de vista sumamente divergentes, ninguno de los cuales prevalece claramente. Un Estado exhorta a la prudencia a la hora de ampliar la obligación de no devolución a los extranjeros expulsados¹⁵⁵, mientras que otro critica una definición ampliada de los Estados que no aplican la pena de muerte, porque «es posible que [...] restrinja innecesariamente el derecho de expulsión de un Estado»¹⁵⁶. Un Estado estima que la regla enunciada en el párrafo 1¹⁵⁷ no está consagrada en el derecho internacional, mientras que otro considera que la regla enunciada en el párrafo 2 no lo está¹⁵⁸. Otro Estado considera que esta regla constituye un desarrollo progresivo del derecho¹⁵⁹, y un grupo de Estados propone su supresión¹⁶⁰. Por su parte, un Estado considera que la redacción de este proyecto de artículo «es insuficiente para salvaguardar la vida de la persona expulsada, pues el Estado en cuestión podría no atenerse a la garantía ofrecida» y que «[e]l proyecto de artículo debiera establecer una obligación y una responsabilidad internacionales por el incumplimiento de esa obligación»¹⁶¹. Una comunidad de Estados, que tampoco se opone al proyecto de artículo 23, sugiere tan solo que el párrafo 2 se redacte con más precisión «con objeto de no dar la impresión de que está en general prohibidas las expulsiones a países que aplican la pena de muerte»¹⁶². Sin embargo, un Estado

miembro de dicha comunidad recomienda una armonización entre el párrafo 1 del proyecto de artículo 23 y el proyecto de artículo 6¹⁶³. El Relator Especial propone que el Comité de Redacción examine la coherencia entre los textos de los dos proyectos de artículos.

57. Una propuesta de enmienda recomienda añadir al final del párrafo 1 la frase siguiente:

a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país¹⁶⁴.

Esta enmienda aniquilaría la protección que ofrece el párrafo 1, que no implica solamente una prohibición general de expulsión incluso en los casos enumerados, porque el Estado puede expulsar en esos casos, sino hacia un Estado donde no existe el riesgo de que el extranjero sufra algunos de los motivos enumerados. Por otra parte, la mayoría de las inquietudes expresadas por los Estados respecto al proyecto de artículo 23 han sido ampliamente debatidas en la Comisión y las respuestas al respecto figuran en el comentario.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

58. Algunos Estados apoyan manifiestamente el proyecto del artículo 24¹⁶⁵. Uno de ellos considera que el texto constituye una mejora respecto a la versión anterior¹⁶⁶, mientras que otro ha propuesto que se estudie la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación a las personas o los grupos de personas que actúen a título privado¹⁶⁷. Por otra parte, un Estado se opone a ampliar la obligación de no devolver en las situaciones en las que existe un riesgo real de trato «degradante», puesto que en su opinión, se trata de una interpretación demasiado amplia de dicha obligación¹⁶⁸. El comentario al proyecto del artículo 24 explica las razones de esta ampliación, así como su base jurídica. Por último, un Estado señala que el texto de esta disposición difiere del proyecto de artículo 6 ya que, a diferencia de este último, exige «razones fundadas para creer», y se pregunta si esta diferencia obedece a algún motivo¹⁶⁹. Al igual que en el caso del proyecto de artículo 23, el Relator Especial propone que el Comité de Redacción examine la coherencia entre los dos proyectos de artículos.

¹⁵³ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 64.

¹⁵⁴ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 46.

¹⁵⁵ Australia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 2 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 23.

¹⁵⁶ República de Corea, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 121.

¹⁵⁷ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 23.

¹⁵⁸ Singapur, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 104.

¹⁵⁹ China, *ibíd.*, párr. 54.

¹⁶⁰ Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 50.

¹⁶¹ Perú, *ibíd.*, párr. 94.

¹⁶² UE, *ibíd.*, párr. 65, y comentarios por escrito, párr. 24 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹⁶³ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 101.

¹⁶⁴ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 1, de las observaciones al artículo 23.

¹⁶⁵ España, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 115; Perú, *ibíd.*, párr. 95; y Portugal, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 60.

¹⁶⁶ Portugal, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 60.

¹⁶⁷ España, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 115.

¹⁶⁸ Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 1 de las observaciones al artículo 24.

¹⁶⁹ Austria, *ibíd.*

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

59. Si bien numerosos Estados han criticado en sus observaciones el hecho de que ciertas disposiciones del proyecto de artículo 26 no estaban consagradas en el derecho internacional o que otras representaban esencialmente un desarrollo progresivo del derecho internacional, sorprende comprobar que la mayor parte de las observaciones y propuestas de enmienda de los derechos procesales contemplados en este proyecto de artículo son sugerencias *de lege ferenda*. Por ejemplo, una comunidad de Estados propone una enmienda a fin de aclarar que el derecho de recibir notificación se refiere a una «notificación por escrito y también información respecto de los recursos jurídicos disponibles»¹⁷⁰. Un Estado solicita que se añada al final del apartado *d* del párrafo 1 el texto siguiente: «, incluida la opción de solicitar la adopción de medidas provisionales consistentes en una orden judicial que impida la expulsión del extranjero hasta que no lleguen a su fin las actuaciones judiciales»¹⁷¹. Ninguno de estos Estados sustenta con arreglo al derecho internacional su crítica o su propuesta de enmienda. Otro Estado solicita que se señale que los derechos procesales de los extranjeros objeto de una expulsión establecidos en el párrafo 1 de este artículo «deben entenderse en el sentido de que se trata del mínimo exigible a los Estados en esa materia»¹⁷², cláusula que carecería de base jurídica; por el contrario, la noción de que esos derechos se entienden sin perjuicio de otros derechos similares está contemplada en el párrafo 2 del proyecto de artículo. Si bien los Estados se aprestan a recordar que la admisión de extranjeros es competencia exclusiva del Estado y que el régimen jurídico de la expulsión de extranjeros no debería ser un obstáculo para los migrantes que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado, sorprende el hecho de que ciertos Estados encuentren «inaceptable que un extranjero que haya residido ilícitamente en un Estado durante seis meses —plazo fijado arbitrariamente— no disfrute de ningún derecho procesal»¹⁷³. Aun aceptando que «el Estado que expulsa debe respetar ciertos derechos procesales mínimos, cualquiera que sea la situación del extranjero»¹⁷⁴, es importante precisar que en opinión de la Comisión, a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado desde hace menos de seis meses no se les aplica el régimen de expulsión, sino el de admisión o no admisión.

60. Algunos comentarios y observaciones de los Estados reflejan sus preferencias nacionales y no tanto el

¹⁷⁰ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 66, y comentarios por escrito, párrs. 25 a 29 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹⁷¹ Países Bajos, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 2 de las observaciones al artículo 26.

¹⁷² Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 9.

¹⁷³ Francia, *ibíd.*, párr. 99; véase también a este respecto, Suiza, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 76, y Canadá, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 26; véase también Austria, *ibíd.*

¹⁷⁴ Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 99.

derecho internacional positivo o la tendencia de la práctica. Tal es el caso de la solicitud de suprimir el apartado *f* del párrafo 1, alegando que «la asistencia de un intérprete a título gratuito tendría importantes consecuencias presupuestarias»¹⁷⁵ o de la propuesta relativa a que «a una persona se le debe permitir en todos los casos hacerse representar ante la autoridad competente, pero que ello no significa que tenga el derecho a la representación»¹⁷⁶. Las observaciones de ciertos Estados¹⁷⁷ respecto a la asistencia consular del extranjero objeto de expulsión no son convincentes, puesto que las preocupaciones expresadas en este sentido se tuvieron debidamente en cuenta en el comentario al párrafo 3 del proyecto de artículo 26, como lo señala por otra parte un Estado¹⁷⁸ que habría preferido que se hubieran incluido en el propio proyecto de artículo.

61. Un Estado propone que en el proyecto de artículo 26 se establezca una distinción estructural entre los derechos «relacionados con la etapa administrativa de la expulsión y los correspondientes a la etapa judicial»¹⁷⁹. Esta sugerencia es atractiva desde el punto de vista formal, pero en la realidad las dos fases administrativas y judiciales no están siempre tan claramente delimitadas, ya que un acto de la fase administrativa puede dar lugar a un procedimiento judicial, sin perjuicio de los recursos que el extranjero objeto de una expulsión podría interponer respecto al fondo, y en particular respecto al motivo de la expulsión. Otro Estado sugiere que en el comentario del apartado *c* del párrafo 1 de este proyecto de artículo, centrado en el derecho a ser oído por una autoridad competente, se añada que este derecho se entiende como «el hecho de poder hacer valer sus argumentos durante un procedimiento escrito u oral anterior o posterior a la toma de decisión»¹⁸⁰. El Relator Especial no se opone a que se añada dicha explicación en el pasaje indicado del comentario. Igualmente, en el comentario del apartado *a* del párrafo 1 cabría precisar que la resolución de expulsión se debe notificar por escrito, a fin de responder a las preocupaciones manifestadas por varios Estados¹⁸¹ en este sentido.

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

62. Algunos Estados se oponen rotundamente a las disposiciones del proyecto de artículo 27 y solicitan su supresión¹⁸². Los motivos de este rechazo son diversos:

¹⁷⁵ Austria, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 26.

¹⁷⁶ Reino Unido, *ibíd.*

¹⁷⁷ Austria, *ibíd.*; Cuba, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 41; y Perú, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 96.

¹⁷⁸ Austria, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 82.

¹⁷⁹ Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 99.

¹⁸⁰ Bélgica, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 26.

¹⁸¹ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 82; España, *ibíd.*, párr. 114; y UE, *ibíd.*, párr. 66, y comentarios por escrito, párrs. 25 a 29 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹⁸² Países Bajos, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 27; República de Corea, *ibíd.*; República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de*

un Estado considera que «podría limitar de forma injustificada la soberanía de un Estado»¹⁸³; otro señala que sería casi imposible expulsar a extranjeros del territorio de un Estado¹⁸⁴; una comunidad de Estados señala que su ordenamiento jurídico comunitario no contempla el efecto suspensivo, y que su reconocimiento «puede considerarse un incentivo para abusar de los procedimientos de apelación»¹⁸⁵; un Estado considera que «también es inaceptable, porque constituye un desarrollo progresivo sin un fundamento mínimo en la práctica estatal uniforme o convergente»¹⁸⁶. Otros Estados tampoco lo aceptan, pero matizan en mayor medida su postura. Por ejemplo, consideran que «[e]l efecto suspensivo no se puede permitir sistemáticamente» y que «no se puede aplicar en ciertas situaciones sumamente delicadas, especialmente cuando la expulsión está justificada con fundamento en la seguridad nacional»¹⁸⁷; que «[a]mpliar ese efecto a todos los recursos interpuestos contra las decisiones de expulsión resulta excesivo»¹⁸⁸; que «la complejidad de la cuestión y las disparidades entre las normas y prácticas de los distintos Estados plantean dudas respecto de si existe un fundamento jurídico suficiente para conservar el proyecto de artículo»¹⁸⁹; y que «la práctica jurídica interna al respecto es diversa y, en consecuencia, la cuestión debe tratarse con precaución; se debe estudiar cuidadosamente la práctica de los Estados y se debe realizar una evaluación general de la naturaleza jurídica de la norma propuesta»¹⁹⁰. En resumen, el argumento común coincide en que la práctica en esta esfera es insuficiente¹⁹¹.

63. Frente a estas muestras de rechazo del proyecto de artículo o a ciertas reticencias al respecto, basta recordar que la Comisión no ocultó en su comentario el hecho de que las disposiciones sobre el efecto suspensivo al recurso interpuesto contra una resolución de expulsión por un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor corresponden a la esfera del desarrollo progresivo del derecho en la materia.

64. En opinión del resto de Estados que se han manifestado sobre el proyecto de artículo 27, deberían establecerse excepciones al principio del efecto suspensivo, por

la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 11; y UE, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 67 y comentarios por escrito, párrs. 30 a 32 (francés e inglés solamente, mimeografiado).

¹⁸³ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 27.

¹⁸⁴ Países Bajos, *ibíd.*

¹⁸⁵ UE, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 67 y comentarios por escrito, párrs. 30 a 32 (francés e inglés solamente, mimeografiado); véase también a este respecto: Países Bajos, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 27.

¹⁸⁶ República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 11.

¹⁸⁷ Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 100.

¹⁸⁸ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 3 de las observaciones al artículo 27.

¹⁸⁹ España, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 113.

¹⁹⁰ Polonia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 71.

¹⁹¹ India, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 18.

ejemplo, en el marco del respeto del principio de no devolución¹⁹², en el caso de recursos interpuestos por extranjeros que tengan razones para alegar que su vida o libertad está en riesgo o que corren riesgos de sufrir malos tratos en el Estado de destino¹⁹³, o en caso de amenazas contra la seguridad o el orden públicos¹⁹⁴. En resumen, se considera que «debería enmendarse el proyecto de artículo con objeto de incluir ciertas excepciones, a condición de que dichas excepciones respeten el derecho de todas las personas a un recurso efectivo»¹⁹⁵.

65. El resto de observaciones se refieren a lo que diversos Estados habrían deseado encontrar en el proyecto de artículo: una aclaración sobre el efecto suspensivo ante una instancia internacional¹⁹⁶; la posibilidad de que los recursos puedan ser interpuestos por cualquiera en nombre del extranjero objeto de expulsión¹⁹⁷; o la concesión del beneficio del efecto suspensivo de la apelación a los extranjeros que se encuentren ilícitamente en el territorio del Estado expulsor¹⁹⁸. Como señaló en el comentario a este proyecto de artículo, la Comisión no ha ido tan lejos como lo habrían deseado algunos artículos o como sugiere la práctica de algunos Estados, se ha limitado a lo que, teniendo en cuenta las tendencias actuales del derecho internacional así como determinadas legislaciones nacionales, parece razonable en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional.

66. Se han formulado dos propuestas de enmienda. La primera consiste en añadir, al final del texto del proyecto de artículo 27, la frase siguiente: «cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la decisión definitiva»¹⁹⁹. La Comisión podría examinar detalladamente esta propuesta, en cuyo caso el Relator Especial considera que la frase en cuestión debería finalizar con «daño irreparable». La segunda propuesta de enmienda busca atenuar la fuerza jurídica de la norma relativa al efecto suspensivo, señalando que el recurso interpuesto contra una resolución de expulsión «podrá tener un efecto suspensivo sobre la decisión de expulsión, según lo dispuesto por la ley»²⁰⁰. Una enmienda así despojaría a la norma de todo alcance internacional, puesto que quedaría reducida a una mera cláusula de remisión directa al derecho nacional.

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

67. Un Estado encuentra la redacción del proyecto de artículo 29 demasiado amplia, ya que «incluye un “derecho al regreso” aplicable a todos los casos en que una

¹⁹² Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 83; y Suiza, *ibíd.*, párr. 77.

¹⁹³ Suiza, *ibíd.*

¹⁹⁴ Austria, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 28.

¹⁹⁵ Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 103.

¹⁹⁶ Belarús, *ibíd.*, párr. 110.

¹⁹⁷ Chile, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 9.

¹⁹⁸ Rumania, *ibíd.*, párr. 88.

¹⁹⁹ El Salvador, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, párr. 8 de las observaciones al artículo 27.

²⁰⁰ Canadá, *ibíd.*

autoridad competente determine que la expulsión ha sido ilícita»²⁰¹. Pero, como demuestran tanto el contenido del proyecto de artículo como su comentario, este «derecho a la readmisión» viene acompañado de gran precaución y de limitaciones estrictas. Otro Estado señala que el derecho internacional no contempla el derecho a la readmisión de un extranjero cuya expulsión se haya considerado ilícita²⁰², cuestión que la Comisión no pone en duda puesto que ella misma indicó claramente en el comentario al proyecto de artículo que se reconocía a título de desarrollo progresivo del derecho internacional. Cabe ofrecer la misma respuesta al Estado que considera que la práctica de los Estados en esta esfera (como en la relativa al proyecto de artículo 27) es insuficiente²⁰³, dado que si la práctica fuera suficiente, es decir, si estuviera claramente establecida, se habría tratado de un caso de codificación y no de desarrollo progresivo. En una argumentación que suscita perplejidad, un Estado recomienda que la aplicación del proyecto de artículo 29 se limite «a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado en cuestión»²⁰⁴, pero también que este proyecto de artículo se suprima debido a que «la decisión de permitir que los extranjeros expulsados sean readmitidos en su territorio constituye un derecho soberano de los Estados, incluso cuando una autoridad competente determine que la expulsión ha sido ilícita»²⁰⁵. El Relator Especial desea recordar que, en el caso de una obligación internacional del Estado, este último está sujeto a ella; en cuanto a la propuesta de limitar la aplicación del proyecto de artículo a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado expulsor, es precisamente eso lo que se señala en el párrafo 2 del comentario a este proyecto de artículo. Por último, una propuesta de enmienda sugiere que en el párrafo 1, después de «una autoridad competente», se añada «de dicho Estado»²⁰⁶. Tal modificación restringiría de manera excesiva las autoridades competentes y, por extensión, contravendría el espíritu de esta disposición, que incluye entre las autoridades competentes en la materia a las jurisdicciones internacionales, como se desprende del comentario a este proyecto de artículo.

Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

68. Tres Estados han formulado observaciones sobre el proyecto de artículo 30: uno lo apoya abiertamente²⁰⁷; otro considera que «[e]l propio artículo debe reflejar ese fin», aunque ya se haga en el comentario²⁰⁸; y un tercero propone una enmienda encaminada a incluir en el proyecto de artículo la cláusula «para velar por que los extranjeros objeto de expulsión no sean privados arbitrariamente de los bienes personales que posean lícitamente» en lugar de

la fórmula actual («para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión»), que es más concisa y de alcance más general²⁰⁹. Por tanto, no se podrían incorporar ambas sugerencias.

Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

69. De los cuatro Estados que han formulado observaciones sobre el proyecto de artículo 31, dos lo encuentran superfluo²¹⁰, uno lo aprueba sin ninguna reserva²¹¹ y el cuarto lo aprueba «[e]n la medida en que los proyectos de artículos representen obligaciones jurídicas internacionales vigentes»²¹². Se toma nota de estas posturas, que no repercuten en la norma establecida en este proyecto de artículo, cuya existencia en el derecho internacional positivo no se puede cuestionar.

Artículo 32. Protección diplomática

70. Como sucede con el proyecto de artículo 31, algunos Estados consideran que el proyecto de artículo sobre la protección diplomática es superfluo o innecesario en el marco del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros²¹³, si bien un Estado lo apoya abiertamente²¹⁴. Otro Estado, que no se opone al proyecto de artículo, sugiere reformularlo a fin de precisar que «el ejercicio de la protección diplomática respecto de un extranjero objeto de expulsión estará necesariamente supeditado a la existencia de un derecho del Estado en cuestión a ejercer la protección diplomática respecto de dicho individuo»²¹⁵. Esta explicación sería redundante, puesto que no puede ser de otra manera. Por último, otro Estado afirma que «es importante tener en cuenta una disposición relativa a la solución de las controversias que surgen de la interpretación y aplicación del proyecto de artículo y destacar en ese sentido el papel de la Corte Internacional de Justicia»²¹⁶. Este tipo de cláusula sobre la solución de las controversias parece superflua o incluso carente de objeto específico en el marco de este proyecto de artículos.

²⁰⁹ Reino Unido, *ibíd.*, párr. 3.

²¹⁰ Sudáfrica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 81; y Austria, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 84 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 31.

²¹¹ Polonia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 71.

²¹² Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 31.

²¹³ Sudáfrica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 81; Hungría, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 51; Austria, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 84 y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 32; Alemania, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 32.

²¹⁴ Polonia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 71.

²¹⁵ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 32.

²¹⁶ Perú, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 97.

²⁰¹ Alemania, *ibíd.*, secc. C, observaciones al artículo 29.

²⁰² Canadá, *ibíd.*

²⁰³ India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 18.

²⁰⁴ República de Corea, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 119.

²⁰⁵ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. C, observaciones al artículo 29.

²⁰⁶ Países Bajos, *ibíd.*

²⁰⁷ Marruecos, *ibíd.*, observaciones al artículo 30.

²⁰⁸ Canadá, *ibíd.*

CAPÍTULO II

Observaciones finales del Relator Especial

71. Varios Estados se han manifestado acerca de la forma definitiva de los trabajos de la Comisión referentes a la expulsión de extranjeros. Algunos de ellos apoyan claramente el formato de convención²¹⁷, mientras que otro Estado sugiere que se adopte bajo la forma de una «declaración de principios generales o una convención marco»²¹⁸. Por otro lado, otros Estados son más favorables a que se adopte la forma de un documento no vinculante, que podría consistir en un conjunto de «directrices»²¹⁹, «directrices o principios»²²⁰, «principios rectores»²²¹, «marco general de principios»²²², «declaraciones de mejores prácticas o directrices»²²³, «directrices o mejores prácticas»²²⁴ u «orientaciones»²²⁵. Por último, algunos Estados consideran que la forma final de los trabajos de la Comisión sobre este tema debería determinarse en una etapa posterior²²⁶, si bien uno de ellos expresa su preferencia por unas «directrices bien establecidas que reflejen las mejores prácticas de los Estados»²²⁷. Esta terminología inédita, especialmente ocurrente con miras a debilitar el alcance del resultado final de los trabajos de la Comisión sobre un tema importante y sensible para nuestro mundo globalizado, reviste sin duda interés. No obstante, no debería absorber la atención de la Comisión ni la de los Estados, desviándola de la realidad característica de la sociedad internacional contemporánea, en la que nada detiene las corrientes financieras y todo está encaminado a estimular la circulación de mercancías, mientras que al mismo tiempo se levantan barreras físicas o jurídicas por doquier para dificultar o impedir la circulación de las personas.

²¹⁷ Belarús, *ibíd.*, párr. 111; Congo, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 48; y Perú, 18.^a sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 98.

²¹⁸ República de Corea, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. B.

²¹⁹ República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 11; Rumania, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 88; y Tailandia, *ibíd.*, párr. 38.

²²⁰ España, *ibíd.*, 18.^a sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 116; Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 51; Australia, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 4; Canadá, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 16; y Alemania, 18.^a sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 99, y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. B; y República Checa, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. B.

²²¹ Singapur, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 105; UE, 18.^a sesión (A/C.6/67/SR.18), párr. 68 («principios de un marco»).

²²² Portugal, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 60.

²²³ Países Bajos, *ibíd.*, párr. 28, y documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. B.

²²⁴ Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.^a sesión (A/C.6/67/SR.22), párr. 26.

²²⁵ Reino Unido, documento A/CN.4/669 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), secc. B.

²²⁶ Israel, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 37; y Malasia, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 108.

²²⁷ Israel, *ibíd.*, 20.^a sesión (A/C.6/67/SR.20), párr. 37.

72. El trabajo de la Comisión tiene como destinatarios a los Estados. Por ello la Comisión procura conocer sus opiniones y posturas sobre su trabajo y se esfuerza por tenerlas en cuenta al máximo. Sin embargo, no se puede olvidar que la Comisión es un órgano de expertos en materia de derecho internacional cuyo estatuto, como es menester recordar, señala claramente su misión en el párrafo 1 del artículo 1: «La Comisión de Derecho Internacional tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación».

73. Por consiguiente, este debe ser el rasero utilizado para evaluar el trabajo que la Comisión presenta a la Asamblea General. Cabe lamentar que la mayoría de las observaciones de los Estados sobre el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura dan la impresión de que los Estados no han leído el comentario a dicho proyecto, habida cuenta de que casi todas las preocupaciones (a menudo legítimas) expresadas por estos últimos encuentran respuestas claras y completas en dicho comentario. El Relator Especial desearía llamar la atención sobre la importancia de este comentario, que constituye un medio esencial para interpretar los diferentes proyectos de artículos y un instrumento metodológico indispensable para comprender el planteamiento de la Comisión y comprobar la base jurídica de cada proyecto de artículo.

74. Existen muy pocos temas del programa de la Comisión que estén tan firmemente sustentados en el derecho internacional como la expulsión de extranjeros. Desde finales del siglo XIX se ha venido desarrollando la práctica de los Estados en relación con diversos aspectos de este tema. Varios tratados internacionales contienen disposiciones relativas a diversas cuestiones al respecto. Gran parte de la jurisprudencia que ha servido para codificar la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, por una parte, y la protección diplomática, por otra, se refiere a cuestiones relativas a la expulsión de extranjeros. El 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Diallo*, pronunció un fallo que refuerza la base surgida de la jurisprudencia y aclara diversos puntos del derecho positivo²²⁸.

75. Es comprensible que algunos gobiernos expresen reticencias respecto a este tema sobre la base del propio interés nacional, pero ello no puede servir de motivo para insinuar o incluso afirmar que el proyecto de artículos carece de fundamento en el derecho internacional. Varios Estados han insistido en el hecho de que el proyecto de artículos debe estar basado en la práctica de los Estados. Esta es la opinión compartida ampliamente por los miembros de la Comisión, órgano que siempre ha considerado la práctica de los Estados como la materia prima de sus trabajos, aunque sin dejar de adoptar, cuando resulte necesario, una actitud abierta respecto al desarrollo progresivo del derecho internacional. Al abordar el presente tema,

²²⁸ *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 639. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 175.

la Comisión no ha ocultado que ciertas disposiciones del proyecto de artículos representaban un ejercicio de desarrollo progresivo y no de codificación *stricto sensu*. Ambas opciones tienen claramente cabida en el mandato recordado anteriormente.

76. El proyecto de artículos aprobado en primera lectura se sustenta en el equilibrio logrado entre el derecho del Estado, cuya soberanía en materia de admisión y expulsión de extranjeros queda preservada en el proyecto, y los derechos del extranjero objeto de expulsión, a quien ofrece una protección más amplia sustentada principalmente en el derecho internacional y en las tendencias predominantes de la práctica de un determinado número de Estados. El Relator Especial considera que sería muy deseable mantener este equilibrio, alcanzado tras largos debates de la Comisión y la incorporación de las opiniones afines expresadas por los Estados sobre diversas facetas de esta cuestión. En este sentido la Comisión puede congratularse por la valoración positiva de su labor expresada por un representante destacado de la doctrina contemporánea del derecho internacional:

El proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros ha conseguido esbozar un régimen jurídico pertinente con todas sus consecuencias de manera sensata y equilibrada. La CDI no ha adoptado un enfoque estrictamente conservador, ni tampoco ha dejado de lado todos los elementos tradicionales de la soberanía de los Estados. En su conjunto, el

proyecto está impregnado de un espíritu de modernidad ilustrada que otorga importancia al estado de derecho y a los derechos humanos, aunque sin situarlos por encima de cualquier otra consideración de interés público. En consecuencia, goza de elevadas posibilidades de obtener el visto bueno final de la comunidad internacional²²⁹.

77. En todo caso, el Relator Especial desea que la Comisión culmine su trabajo sobre este tema mediante la aprobación de un proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en segunda lectura, con las enmiendas derivadas de los comentarios y observaciones de los Estados que propone incorporar, en especial en el comentario al proyecto de artículos. En este sentido, el Relator Especial no desea ejercer ninguna influencia respecto a la forma que la Asamblea General debería otorgar a dicho proyecto de artículos. La última palabra respecto a este proyecto de artículos, así como sobre el resultado final de cualquier trabajo de la Comisión, corresponde a los Estados. En consecuencia, como señaló un Estado durante las deliberaciones de la Sexta Comisión celebradas en noviembre de 2012, convendría «mantener abiertas todas las opciones»²³⁰, aunque el Relator Especial se incline por la forma de una convención.

²²⁹ Tomuschat, «Expulsion of aliens: the International Law Commission's draft articles», pág. 662.

²³⁰ Singapur, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19)*, párr. 105.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/669 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: español, francés, inglés, ruso]
[21 de marzo y 1 de octubre de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....	25
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-2 26
COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS.....	26
A. Comentarios generales.....	26
Australia.....	26
Canadá.....	26
Cuba.....	26
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos).....	27
El Salvador.....	27
Estados Unidos.....	28
Federación de Rusia.....	28
Países Bajos.....	29
Reino Unido.....	29
República de Corea.....	29
B. Forma definitiva del proyecto de artículos.....	30
Alemania.....	30
Australia.....	30
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos).....	30
Estados Unidos.....	30
Países Bajos.....	30
Reino Unido.....	30
República Checa.....	30
República de Corea.....	30
C. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos.....	31
PRIMERA PARTE. DISPOSICIONES GENERALES.....	31
<i>Artículo 1. Ámbito de aplicación.....</i>	<i>31</i>
Alemania.....	31
Australia.....	31
Estados Unidos.....	31
Federación de Rusia.....	31
Marruecos.....	31
Reino Unido.....	31
<i>Artículo 2. Términos empleados.....</i>	<i>31</i>
Alemania.....	31
Austria.....	32
Canadá.....	32
Cuba.....	32

	<i>Página</i>
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	32
Estados Unidos	32
Reino Unido	33
República de Corea	33
<i>Artículo 3. Derecho de expulsión</i>	33
Canadá	33
Cuba	34
Estados Unidos	34
República de Corea	34
<i>Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley</i>	34
El Salvador	34
Federación de Rusia	34
Reino Unido	35
<i>Artículo 5. Motivos de expulsión</i>	35
Australia	35
Canadá	35
El Salvador	35
Estados Unidos	36
Reino Unido	36
República de Corea	36
SEGUNDA PARTE. CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS	36
<i>Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados</i>	36
Australia	36
Canadá	36
Cuba	37
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	37
El Salvador	37
Estados Unidos	38
República de Corea	38
<i>Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas</i>	39
Canadá	39
Estados Unidos	39
<i>Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas</i>	39
El Salvador	39
Estados Unidos	39
República de Corea	39
<i>Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión</i>	39
Estados Unidos	39
Reino Unido	39
<i>Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva</i>	40
Alemania	40
Australia	40
El Salvador	40
Estados Unidos	40
Reino Unido	41
República de Corea	41
<i>Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta</i>	41
Alemania	41
Austria	41
Canadá	41
Estados Unidos	41
Países Bajos	42
Reino Unido	42
República de Corea	43
<i>Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes</i>	43
Federación de Rusia	43
<i>Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición</i>	44
Canadá	44
Estados Unidos	44
República Checa	44

	Página
TERCERA PARTE. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN.....	44
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES	44
<i>Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión</i>	<i>44</i>
Canadá.....	44
El Salvador.....	44
Estados Unidos	45
Países Bajos	45
Reino Unido.....	45
<i>Artículo 15. Obligación de no discriminar</i>	<i>45</i>
Canadá.....	45
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	45
El Salvador.....	45
Estados Unidos.....	46
Países Bajos	46
Reino Unido.....	46
<i>Artículo 16. Personas vulnerables</i>	<i>46</i>
Cuba.....	46
El Salvador.....	47
Estados Unidos.....	47
Marruecos	47
CAPÍTULO II. PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR.....	47
<i>Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión</i>	<i>47</i>
Austria.....	47
Estados Unidos.....	47
Reino Unido.....	47
<i>Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</i>	<i>47</i>
Austria.....	47
<i>Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión</i>	<i>47</i>
Alemania.....	47
Austria.....	47
Bélgica	48
Canadá.....	48
Cuba	48
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	48
El Salvador.....	48
Estados Unidos.....	49
Países Bajos	50
Reino Unido.....	50
República de Corea.....	51
<i>Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar</i>	<i>51</i>
Australia.....	51
Canadá.....	51
Cuba.....	51
El Salvador.....	51
Estados Unidos.....	52
República de Corea.....	53
CAPÍTULO III. PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO	53
<i>Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino</i>	<i>53</i>
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	53
Estados Unidos.....	53
Países Bajos	53
Reino Unido.....	53
<i>Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión</i>	<i>53</i>
Austria.....	53
Cuba	53
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	53
Estados Unidos.....	53
Países Bajos	54

<i>Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas.....</i>	54
Australia.....	54
Canadá.....	54
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	54
Estados Unidos.....	54
Países Bajos	55
Reino Unido	56
República de Corea.....	56
<i>Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</i>	56
Austria.....	56
Canadá.....	56
Cuba	56
Estados Unidos.....	56
República de Corea.....	57
CUARTA PARTE. REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO.....	57
<i>Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión</i>	57
Australia.....	57
Austria.....	57
Bélgica	57
Canadá.....	57
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	57
El Salvador.....	58
Estados Unidos.....	59
Federación de Rusia.....	59
Países Bajos	60
Reino Unido	60
República de Corea.....	60
<i>Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión</i>	60
Alemania.....	60
Austria.....	61
Canadá.....	61
Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)	61
El Salvador.....	61
Estados Unidos.....	62
Países Bajos	62
Reino Unido.....	62
República de Corea.....	63
<i>Artículo 28. Procedimientos de recurso individual.....</i>	63
Cuba	63
Estados Unidos.....	63
Reino Unido.....	63
QUINTA PARTE. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN	63
<i>Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor</i>	63
Alemania.....	63
Australia.....	63
Canadá.....	63
Cuba	63
El Salvador	63
Estados Unidos.....	63
Federación de Rusia.....	64
Países Bajos	64
República de Corea.....	64
<i>Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión</i>	64
Australia.....	64
Canadá.....	64
Estados Unidos.....	64
Marruecos	64
Reino Unido.....	65

	<i>Página</i>
<i>Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita</i>	65
Austria.....	65
Estados Unidos.....	65
Reino Unido	65
República de Corea.....	65
<i>Artículo 32. Protección diplomática</i>	65
Alemania.....	65
Austria.....	65
Estados Unidos.....	65
Reino Unido.....	65

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo núm. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1525, pág. 195. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 249, 15 de octubre de 2009.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, núm. 2545, pág. 137. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 252, de 21 de octubre de 1978.
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 360, núm. 5158, pág. 117.
Convenio Europeo de Establecimiento (y su Protocolo) (París, 13 de diciembre de 1955)	Ibíd., vol. 529, núm. 7660, pág. 141.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638, pág. 261.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, núm. 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407.
Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, núm. 14691, pág. 45.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Ibíd., vol. 2220, núm. 39481, pág. 3.
Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Ibíd., vol. 2569, núm. 45796, pág. 91.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Ibíd., vol. 2515, núm. 44910, pág. 3.
Convención Árabe sobre la Lucha contra el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo (El Cairo, 21 de diciembre de 2010)	Argelia, <i>Journal Officiel</i> , núm. 55, 23 de septiembre de 2014 [en francés].

Introducción

1. En su sexagésimo cuarto período de sesiones (2012), la Comisión de Derecho Internacional aprobó, en primera lectura, el proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros¹. Además, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que los hicieran llegar al Secretario General el 1 de enero de 2014 a más tardar. El Secretario General distribuyó a los gobiernos una nota de fecha 18 de octubre de 2012 en que transmitía el proyecto de artículos con los comentarios, así como una nota recordatoria de fecha 22 de abril de 2013. En el párrafo 6 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión contar con sus

¹ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 41 a 45. Para el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes, véase *ibíd.*, párr. 46.

comentarios y observaciones en relación con el proyecto de artículos y los comentarios sobre el tema.

2. Al 12 de junio de 2014, se habían recibido respuestas por escrito de Alemania (30 de diciembre de 2013), Australia (21 de enero de 2014), Austria (13 de enero de 2014), Bélgica (17 de diciembre de 2013), el Canadá (8 de enero de 2014), Cuba (7 de marzo de 2014), Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) (12 de junio de 2014), El Salvador (20 de diciembre de 2013), los Estados Unidos (7 de marzo de 2014), la Federación de Rusia (9 de abril de 2014), Marruecos (8 de enero de 2014), los Países Bajos (20 de enero de 2014), el Reino Unido (8 de enero de 2014), la República de Corea (20 de enero de 2014) y la República Checa (31 de diciembre de 2013). Los comentarios y las observaciones recibidos de esos gobiernos se reproducen a continuación, donde se encuentran organizados por tema: primero los comentarios generales y después los comentarios sobre proyectos de artículos específicos.

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

A. Comentarios generales

AUSTRALIA

1. Australia considera que, en la medida que el proyecto de artículos constituye una declaración de las disposiciones vigentes de derecho internacional relativas a la expulsión de extranjeros, la labor de la Comisión sobre la consolidación del derecho internacional en esta esfera será útil como guía para que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales, así como para el desarrollo del derecho y las políticas nacionales.

2. Por su parte, en lo que respecta al tratamiento de los extranjeros, Australia está comprometida en la elaboración de un sistema jurídico que sea predecible, transparente y respetuoso de los derechos humanos y de la dignidad humana. Australia encomia que se hayan incluido proyectos de artículos que reflejan esos principios. Al respecto, Australia acoge con beneplácito en particular el proyecto de artículo 14, párr. 1, sobre el trato humano y con el respeto debido a la dignidad humana, así como el proyecto de artículo 21, párr. 1, en que se promueve la salida voluntaria de los extranjeros objetos de expulsión.

3. Sin embargo, en algunos aspectos, Australia considera que el proyecto de artículos propone nuevos principios que no reflejan el estado actual del derecho internacional ni de la práctica de los Estados.

4. Por lo tanto, Australia sugiere que la Comisión sea prudente al fundir principios existentes y ampliar conceptos ya establecidos para aplicarlos en nuevos sentidos. En los casos en que el proyecto de artículos se basa en las disposiciones ya establecidas en otros tratados, Australia recomienda que la Comisión refleje, con la mayor precisión posible, el lenguaje acordado previamente.

CANADÁ

1. Cabe hacer una aclaración respecto del estatuto jurídico y la finalidad del proyecto de artículos. Dado que ya existen una práctica, doctrina y precedentes de los Estados que no son coherentes, el Canadá considera que el proyecto de artículos no constituye desarrollo progresivo ni es tampoco una formulación y sistematización de normas de derecho internacional. El Canadá alienta a la Comisión a incluir una declaración al principio del proyecto de artículos en que se exprese claramente que los artículos no codifican el derecho internacional vigente ni reinterpretan tratados bien entendidos, que existen desde hace tiempo.

2. Asimismo, se hacen varias referencias a las obligaciones de «derecho internacional general». Sin embargo, se debería aclarar si esta expresión se aplica también al derecho internacional consuetudinario y al derecho de los tratados.

3. En los comentarios a este proyecto de artículos, se hacen varias referencias a la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven¹. El Canadá objeta cualquier sugerencia en el sentido que esta Declaración constituye derecho internacional consuetudinario.

¹ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

CUBA

1. Cuba desea reiterar la utilidad de la codificación de los derechos humanos de las personas expulsadas o en vía de expulsión, siempre que la codificación del tema esté inspirada en el principio de la protección integral de los

derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, y no vulnere la soberanía de los Estados.

2. De manera general, Cuba recomienda incluir un artículo que contemple la comunicación previa al Estado de destino de la aplicación de la expulsión. En este sentido, Cuba considera pertinente que en el proyecto de artículos se incluya el derecho de las personas expulsadas o en vías de expulsión a comunicarse con la representación consular correspondiente.

3. La protección de los derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión no puede constituir un límite al ejercicio del derecho de expulsión del Estado.

4. La legislación penal cubana prevé la expulsión de extranjeros como una de las sanciones accesorias aplicables por el tribunal sancionador a las personas naturales según lo preceptuado en el artículo 28, párr. 3, inc. *i*, del Código Penal. En el artículo 46, párr. 1, de dicha Ley se establece que se podrá imponer la sanción de expulsión a un extranjero cuando el tribunal competente considere que, por la índole del delito, las circunstancias de su comisión, o las características personales del inculpado, se evidencia que su permanencia en la República es perjudicial. Además, prevé que la imposición de la expulsión de extranjeros como medida accesoria procede después de que se extinga la sanción principal y concede la facultad discrecional al Ministro de Justicia de decretar la expulsión del extranjero sancionado antes de que cumpla la sanción principal, caso en el cual se extingue la responsabilidad penal del sancionado.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Dinamarca nota que en general el proyecto de artículos contiene una útil descripción de los problemas existentes en la esfera de la expulsión de extranjeros y de los distintos cuerpos pertinentes de leyes y prácticas internacionales y regionales.

2. Además, Dinamarca reitera que una convención sobre la expulsión de extranjeros solo será de interés si toma como base y expresa claramente el principio básico de que los Estados deben readmitir a sus propios nacionales que no tengan residencia legal en otro país. Por consiguiente, los países nórdicos apoyan firmemente las observaciones de la UE¹ sobre el párrafo 1 del artículo 22, que sugiere que se añadan las palabras «y readmitido por» para clarificar las obligaciones de los Estados receptores de readmitir a sus propios nacionales. Otra opción podría ser la de añadir un artículo separado en el que se enuncien las obligaciones de los Estados receptores.

3. Asimismo, para los países nórdicos es un principio fundamental que el proyecto de artículos no se aplique a la extradición.

4. En opinión de Dinamarca, es necesaria una clarificación de la terminología del proyecto de artículos. Se necesita emplear un lenguaje claro y consecuente en todo el proyecto de artículos.

5. El proyecto de artículos dice que se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros y en el comentario se dice que se emplea el término «expulsión» porque es suficientemente general y abarca a cualquier etapa del proceso de expulsión.

6. Sin embargo, la definición que figura en el apartado *a* del artículo 2 parece relacionarse solo con la decisión de expulsión y no con la subsiguiente ejecución de esa decisión, que entraña el retorno voluntario o forzoso. Por consiguiente, los países nórdicos sugieren que se utilice el término «expulsión» para la decisión de expulsar a un extranjero. Para la posterior ejecución forzosa de esa decisión se sugiere emplear [en inglés] el término «*removal*» («expulsión»). Este es el término utilizado constantemente en la Directiva sobre retorno de la UE², con el significado de ejecución de la obligación de retornar, a saber, el transporte físico hacia fuera del Estado miembro. En el texto actual del proyecto de artículos parece que se utilizan distintos términos para esta fase, como indica el uso de, por ejemplo, «*return*» [«devolver»], «*departure*» [«salida»] y «*forcible implementation of an expulsion decision*» [«ejecución forzosa de la resolución de expulsión»] en los artículos 6 y 21.

² Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 348/98, 24 de diciembre de 2008).

EL SALVADOR

1. Respecto a la terminología utilizada, se recomienda que se sustituyan los términos legal/ilegal por «situación migratoria regular/irregular», lo cual responde al progreso alcanzado por el derecho internacional de los derechos humanos. Actualmente, resulta inquestionable que todas las personas —independientemente de su nacionalidad, raza, religión, o cualquier otra condición— son libres e iguales en dignidad y en derechos, lo cual implica que no existen individuos «ilegales», sino personas cuya condición migratoria puede devenir en regular o irregular de acuerdo con la normativa interna de cada uno de los Estados.

2. Del mismo modo, se sugiere cambiar la palabra «extranjero» por «persona extranjera» en todo el proyecto de artículos, con el objeto de asegurar el lenguaje inclusivo de todo su contenido. Por ejemplo, este lenguaje se utilizó en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se prefirió la frase «persona con discapacidad».

3. Por otra parte, en relación con aspectos de fondo que podrían ser incluidos en el proyecto de artículos, El Salvador estima conveniente que se incorpore una disposición expresa relativa al derecho a la salud de las personas objeto de expulsión que se encuentran detenidas, el cual ha sido ampliamente reconocido como un derecho inalienable de toda persona, que supone el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.

4. En el ámbito de la detención, el derecho a la salud adquiere una connotación especial ya que, debido a las restricciones de movilidad intrínsecas a dicha medida, la

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

búsqueda individual del mencionado bienestar resulta una labor imposible o altamente compleja. Por tal razón, en este tipo de casos, resulta esencial que el Estado cumpla su obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud que se deriva de sus obligaciones en materia de derecho internacional.

5. Para cumplir con tal exigencia, no es suficiente que los agentes estatales se abstengan de menoscabar el derecho a la salud de la persona detenida, sino que debe adoptarse una postura activa que permita asegurar su pleno bienestar mediante la adopción de medidas de diversa naturaleza.

6. Resultan de equivalente importancia todas aquellas medidas especiales tendientes a satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH/SIDA o con tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal, quienes deben recibir atención médica especializada, así como las mujeres privadas de libertad, cuya atención médica debe responder a sus necesidades en materia de salud reproductiva.

7. De acuerdo con lo anterior, y ya que la mera negligencia estatal derivaría *per se* en una grave violación del derecho a la salud, se propone incorporar este derecho en el proyecto de artículos, con el amplio alcance que actualmente se reconoce al derecho a la salud.

8. Finalmente, en el contexto del principio de no devolución se recomienda prever expresamente la prohibición de expulsión de la persona asilada o solicitante de asilo a aquellos territorios en que su vida, integridad o libertad personal se encuentren en riesgo, ya que —como se analizará más adelante— dicho principio ha superado la esfera del estatuto de los refugiados para enmarcarse en el ámbito general de los derechos humanos.

9. Lo anterior también es necesario en vista que en muchos países existe una confusión terminológica respecto de las figuras del asilo y refugio. De modo que la redacción de una disposición expresa tendría como propósito evitar la desprotección de aquellas personas que, pese a sufrir persecuciones en sus Estados de origen, podrían no ser identificadas como refugiadas debido únicamente a problemas terminológicos.

ESTADOS UNIDOS

1. Hay varias cuestiones que preocupan a los Estados Unidos en relación con el proyecto de artículos. En primer lugar, mediante este proyecto de artículos no se pretende solamente codificar el derecho vigente, sino que la Comisión intenta desarrollar progresivamente el derecho internacional en relación con varias cuestiones importantes. Los principales aspectos del proyecto de artículos, por ejemplo, la ampliación de la protección contra la no devolución, se apartan considerablemente de lo dispuesto en tratados de derechos humanos que cuentan con amplia adhesión, así como de legislaciones y jurisprudencia nacionales. Si bien en algunos casos en los comentarios

se reconoce que ciertos aspectos del proyecto de artículos reflejan el desarrollo progresivo, esos casos son insuficientes y se da la impresión equivocada de que todas las demás disposiciones del proyecto de artículos constituyen codificación del derecho. El proyecto de artículos podría incluso generar confusión respecto del derecho vigente, al combinar en la misma disposición elementos de normas vigentes con elementos que reflejan propuestas para el desarrollo progresivo del derecho.

2. En segundo lugar, si bien los Estados Unidos no objetarían algunos de los elementos que figuran en el proyecto de artículos, o incluso los apoyarían, no creen que, considerados en su conjunto, hayan logrado un equilibrio adecuado en cuanto a la armonización de intereses contrapuestos en esta esfera, especialmente porque promueven la protección de las personas de un modo que restringe indebidamente la prerrogativa y responsabilidad de los Estados de controlar la admisión de personas en su territorio y su presencia ilegítima en él.

3. En tercer lugar, los Estados Unidos siguen siendo escépticos en lo que respecta a la conveniencia y la utilidad que tendría ampliar de este modo normas jurídicas universales que se encuentran bien establecidas y que han sido consagradas en instrumentos de derechos humanos ampliamente ratificados. Esas convenciones vigentes, por ejemplo los distintos instrumentos en que figuran las disposiciones sobre la no devolución, ya constituyen la base jurídica para lograr los principales objetivos de este proyecto de artículos. Los problemas de maltrato de personas en esta esfera surgen en gran medida, no de la falta de instrumentos jurídicos sino de su incumplimiento, un problema que este proyecto de artículos no resuelve ni puede resolver.

FEDERACIÓN DE RUSIA

1. En lo tocante a los enfoques generales del tema, surgen determinadas cuestiones en relación con el concepto inherente en el proyecto de artículos según el cual se propone que el régimen de expulsión comprenda tanto a los extranjeros que residen legalmente en el territorio del Estado como a los que residen ilegalmente. Según el criterio de la Federación de Rusia, la naturaleza jurídica de su estadía en el territorio del Estado es diferente.

2. Por ejemplo, los extranjeros que residen en el territorio del Estado con fundamento legal gozan de un mayor grado de protección principalmente en lo tocante a las garantías de procedimiento de que disponen en el contexto de la expulsión. Esa conclusión está respaldada por los tratados universales y regionales pertinentes¹, según los cuales determinadas garantías en materia de expulsión comprenden a los extranjeros «legales». Como ejemplo, se señala a la atención el artículo 1 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de cuyo nombre y texto se desprende que las garantías de procedimiento relativas a la expulsión que se formalizan en dicho

¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 32; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13; Convenio Europeo de Establecimiento, art. 3; Protocolo núm. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 1, entre otros.

Protocolo solo se aplican a un grupo claramente definido de extranjeros: las personas que residen legalmente en el territorio de determinado Estado.

3. En derecho internacional no se encuentra un enfoque análogo con respecto a los extranjeros «ilegales»: las garantías de que disponen en esta esfera son de carácter general y esencialmente se reducen a un aspecto de la protección de los derechos humanos (respeto de la vida familiar en el contexto de la expulsión, inadmisibilidad de la expulsión a un Estado en que la persona pueda ser objeto de persecución por motivos de raza, religión u otra índole, o a torturas o tratos inhumanos, entre otros).

4. Parecería que los puntos específicos que se han señalado *supra* pudieran reflejarse en el proyecto de artículos con miras a hacer una más clara demarcación respecto de la situación jurídica de los extranjeros «legales» e «ilegales» que residen en el territorio de un Estado, principalmente en el contexto de las garantías de procedimiento enumeradas en el proyecto de artículo 26.

5. Sobre la base del texto del proyecto de artículos, así como de los comentarios, se puede concluir que la expresión «autoridad competente» se emplea generalmente para comprender tanto a las autoridades judiciales como a las administrativas del Estado expulsor. La Federación de Rusia entiende que ese enfoque refleja las actuales prácticas internacionales e internas de los Estados en esta materia.

6. A ese respecto, parecería adecuado especificar explícitamente esa inteligencia de la expresión «autoridad competente» en los artículos o en los comentarios pertinentes, a fin de evitar lecturas diferentes.

7. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo en el caso *Diallo*², luego de analizar las disposiciones pertinentes del derecho de la República Democrática del Congo, no encontró discrepancias entre las reglas administrativas vigentes en dicho país para las decisiones de expulsar (por decisión del Presidente o el Primer Ministro de la República Democrática del Congo sin una audiencia judicial sobre el asunto) y las normas de derecho internacional.

8. Además de ello, el artículo 1 del mencionado Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos estipula claramente el derecho de la persona objeto de expulsión a «hacerse representar [...] ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad». Según el Informe Explicativo del Protocolo núm. 7, el órgano competente puede ser judicial o administrativo³. Además, es aceptable que el derecho del Estado expulsor establezca procedimientos diferentes para ello y designe autoridades diferentes al respecto⁴.

² *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 639. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 175.

³ Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, párr. 13.3.

⁴ Por ejemplo, en el derecho ruso existen tanto procedimientos judiciales (expulsión administrativa) como no judiciales (deportación) para expulsar a los extranjeros.

PAÍSES BAJOS

De los comentarios al proyecto de artículos surge que se ha tenido en cuenta la práctica actual de los Estados. En algunos casos, la Comisión ha llegado a la conclusión de que la práctica varía de un Estado a otro y considera que ello es una razón para no incluir una disposición al respecto. En otros casos, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, si bien la práctica de los Estados es insuficiente para considerar que se trata de una norma de derecho internacional vigente, debería sin embargo incluirse una disposición para el desarrollo progresivo del derecho internacional. Los Países Bajos instan a que se reconsidere este enfoque. Creen que no hay lugar para el desarrollo progresivo del derecho internacional sobre esta cuestión, precisamente porque es mucho el derecho que se ha codificado en esta esfera, y porque se trata de un tema delicado en muchos países.

REINO UNIDO

La cuestión de la expulsión de extranjeros se rige principalmente por leyes nacionales, siempre y cuando se respete un cierto número de normas pertinentes de derecho internacional. Estas últimas provienen de diversas fuentes, y distintos Estados tendrán distintas obligaciones internacionales respecto de la expulsión de extranjeros con arreglo a los acuerdos multilaterales pertinentes en los que sean parte. El Reino Unido considera que la gestión y el control de la inmigración a través de las fronteras debería ser una cuestión atinente a cada Estado. Es necesario equilibrar las obligaciones internacionales más generales con la primacía del Estado y la protección de su población nacional. Los Estados deben actuar en interés nacional. Por lo tanto, el Reino Unido no considera que el derecho internacional sobre este tema se encuentre suficientemente desarrollado ni que sea lo suficientemente coherente como para que la Comisión lo codifique. Más aún, dado que se plantean numerosas dificultades y cuestiones políticas y jurídicas delicadas en relación con este tema, la Comisión debería ser cautelosa en sus sugerencias para el desarrollo progresivo del derecho en esta esfera.

REPÚBLICA DE COREA

1. Con respecto a la soberanía del Estado y los derechos humanos de los extranjeros, el proyecto de artículos contempla en gran medida el respeto de los derechos humanos de los extranjeros y busca lograr un equilibrio entre la soberanía del Estado y los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión. Sin embargo, algunos artículos limitan la soberanía del Estado en una medida irrazonable.

2. En cuanto a los principios de derecho internacional, derecho interno y prácticas internacionales, cabe señalar que el proyecto de artículos actual incluye disposiciones progresivas para el desarrollo gradual del derecho internacional y refleja las decisiones o las opiniones de los tribunales locales sobre los derechos humanos. Sin embargo, algunos artículos parecen exceder el alcance que tienen los tratados multilaterales, los principios generales de derecho internacional, el derecho interno y las prácticas internacionales en lo que respecta a su aplicación.

Por ejemplo, el proyecto de artículo 6 (Prohibición de la expulsión de refugiados), el artículo 23 (Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazados), y el artículo 24 (Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) se elaboraron sobre la base de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Sin embargo, el proyecto de artículos amplía la cantidad de personas protegidas y reduce las razones por las que pueden establecerse limitaciones, lo que excede en la práctica el alcance de la aplicación de las convenciones mencionadas.

B. Forma definitiva del proyecto de artículos

ALEMANIA

La forma final que asuma el proyecto de artículos sobre este tema es sumamente importante para Alemania. Alemania sigue estando de acuerdo con los miembros de la Comisión que han expresado repetidas veces sus dudas respecto de si sería apropiado incorporar el tema en una convención. El tema no resulta adecuado para el desarrollo de normas *de lege ferenda*, dado que se rige por un gran número de normas y regulaciones nacionales. En cuanto al derecho internacional, el tema se aborda en los instrumentos de derechos humanos que establecen garantías para la protección de las personas en el caso de que sean expulsadas. Alemania no ve la necesidad de una mayor codificación. En cambio, apoya la idea de que se elabore un proyecto de directrices o principios en que se enuncien las mejores prácticas. El proyecto de artículos actual parece apoyar este enfoque, dado que en él se enuncian las mejores prácticas y no meramente obligaciones jurídicas vigentes.

AUSTRALIA

Australia observa que existe un cuerpo considerable de disposiciones de derecho internacional sobre la expulsión de extranjeros, que seguirá aumentando a medida que la circulación a través de las fronteras se vuelva más habitual. El derecho internacional en esta esfera también se complementa con una gran variedad de decisiones legales y de política de derecho interno de amplio alcance, que es más adecuado que correspondan a la regulación soberana de los Estados. Por lo tanto, Australia considera que la labor de la Comisión será más valiosa cuando asista a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones. Por consiguiente, sugiere que lo más apropiado sería que el proyecto de artículos constituyera un conjunto de principios o directrices en que se plasmaran las mejores prácticas internacionales, en vez de un instrumento vinculante de cualquier otra índole. De este modo, la labor de la Comisión será útil para consolidar las leyes y prácticas existentes en esta esfera.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

En los últimos años, los países nórdicos han formulado comentarios sobre el tema de la forma definitiva del proyecto de artículos en la Comisión y han argumentado constantemente que el tema de la expulsión de extranjeros

no se presta a la incorporación en una convención. La expulsión de extranjeros es una esfera del derecho en la que existen normas regionales significativas y detalladas, y por consiguiente es la opinión de Dinamarca que la labor en curso en la Comisión debería centrarse más bien en transformar el proyecto de artículos en principios marco o directrices generales.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos no creen que el documento final de este proyecto deba asumir la forma de un proyecto de artículos. Dado que ya existen varios tratados multilaterales en esta esfera, los Estados Unidos se preguntan cuántos Estados apoyarían la negociación de una nueva convención basada en este proyecto. Por lo tanto, recomiendan a la Comisión que considere la posibilidad de dar a este proyecto de artículos una forma más adecuada, por ejemplo, principios o directrices. Si se decide que seguirá constituyendo un proyecto de artículos, los Estados Unidos recomiendan encarecidamente que se incluya en los comentarios al principio del documento una declaración clara en el sentido de que los artículos reflejan en sustancia propuestas para el desarrollo progresivo del derecho y de que no deben considerarse, tomados en su conjunto, una codificación del derecho vigente.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos quisieran reiterar su preocupación por que la Comisión no elabore un nuevo instrumento de derechos humanos, y considera que, en cambio, este proyecto de artículos debería reflejar principios aceptados de derecho internacional, así como ciertos detalles y matices de esos principios. Los Países Bajos apoyan la reformulación de estos artículos como «mejores prácticas» u «orientaciones normativas». Sin embargo, se oponen a que sean codificados como tratado.

REINO UNIDO

El Reino Unido no cree que el documento final en que se plasme la labor de la Comisión deba presentarse en la forma de un proyecto de artículos, sino que, como mucho, debería constituir una orientación para los Estados, aunque en una forma modificada. Las orientaciones pueden contribuir al establecimiento de principios de alto nivel relativos a la forma en que los Estados deberían responder y actuar en relación con la expulsión de los migrantes en el contexto del derecho internacional que ya se encuentra establecido (y en el que los Estados son parte) pero es el derecho interno el que debe prevalecer, a fin de que se tengan en cuenta los distintos criterios que aplica cada Estado y los problemas singulares que afronta cada uno.

REPÚBLICA CHECA

La República Checa preferiría que este proyecto de artículos se aprobara como directrices no jurídicamente vinculantes.

REPÚBLICA DE COREA

Si bien un Estado debe respetar los principios fundamentales de derechos humanos cuando decide una

expulsión, también puede actuar con discrecionalidad en la determinación pertinente, teniendo en cuenta sus intereses y políticas nacionales. En ese sentido, en vez de que el documento final del proyecto de artículos se aprobara como un tratado, tendría más sentido que fuera una declaración de principios generales o una convención marco.

C. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

ALEMANIA

Alemania quiere reafirmar su convicción de que el ámbito de aplicación del artículo 1 es demasiado amplio. No parece adecuado incluir en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a ambos grupos de extranjeros, es decir, los que se encuentran en el territorio de un Estado tanto legal como ilegalmente, ni establecer una distinción únicamente en un par de casos. Los derechos otorgados a ambos grupos difieren demasiado en lo referente a la expulsión.

AUSTRALIA

Australia observa que, tal como están redactados, varios de los proyectos de artículos podrían ampliar las obligaciones jurídicas internacionales vigentes o crear otras nuevas. En este sentido, Australia toma nota de la decisión de la Comisión de abordar la cuestión de los extranjeros que se encuentran en el territorio del Estado expulsor tanto legal como ilegalmente. Si bien Australia considera que vale la pena abordar ambas categorías de extranjeros en el proyecto de artículos, le preocupa que ese enfoque lleve en ocasiones a interpretar erróneamente la distinción entre esas dos categorías de extranjeros en el derecho internacional.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos acogen con beneplácito la inclusión del proyecto de artículo 1, párr. 2.

FEDERACIÓN DE RUSIA

Véase el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

MARRUECOS

1. De acuerdo con el proyecto de artículo 1, las personas a las que este artículo se refiere son los extranjeros que se encuentran tanto legal como ilegalmente en el territorio de un Estado y que son objeto de una expulsión. Por consiguiente, los nacionales de dicho Estado quedan excluidos de su ámbito de aplicación. El proyecto de artículos menciona ocho casos en que la expulsión está prohibida, entre ellos la privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión. En este sentido, el artículo 9 establece

«[u]n Estado no podrá convertir a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo». Esta disposición está estrechamente vinculada con la hipótesis de que la privación de la nacionalidad por el Estado serviría para llevar a cabo la expulsión de su nacional.

2. La Comisión ha procurado aclarar que el asunto de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales no se contempló cuando se añadió este caso entre los casos en que la expulsión está prohibida puesto que no está comprendido en el ámbito de aplicación del proyecto. En este sentido, Marruecos recuerda que dado que la privación de la nacionalidad es un acto fundamentalmente vinculado a los nacionales y propio del Estado, y que la expulsión, que es a la vez acto y procedimiento, no se podría considerar de forma aislada de la calidad del sujeto al que se aplica, si los nacionales, como sujetos expulsados, fueron excluidos del ámbito de aplicación del proyecto, ¿por qué habrían de serlo en cuanto a la cuestión específica de la privación de la nacionalidad? Aun cuando sus consecuencias están vinculadas con el tema examinado, la inclusión de este caso plantea ambigüedad respecto al ámbito de aplicación personal del proyecto de artículos.

REINO UNIDO

El Reino Unido sugiere que sería útil enmendar y aclarar el texto y alcance del proyecto de artículo 1. Tal como está redactado, el artículo 1 abarca a todos los extranjeros, ya se encuentren legal o ilegalmente en el Reino Unido. El Reino Unido reconoce que todos los extranjeros que se encuentren en su territorio tienen derecho a que se respeten sus derechos humanos y que los Estados tienen la responsabilidad de sopesar los intereses del individuo y del Estado por medio de procesos justos y equilibrados. No obstante, el Reino Unido considera que es razonable adoptar diferentes enfoques y salvaguardias para las personas con distinto estatus migratorio.

Artículo 2. Términos empleados

ALEMANIA

1. En sus declaraciones anteriores, Alemania destacó que el término «expulsión» abarca dos cuestiones distintas y que el empleo general del término en los informes y debates actuales de la Comisión podría dar lugar a malentendidos. Por lo tanto, Alemania acoge con agrado la aclaración que se hace en el proyecto de artículo 2, apdo. a, según la cual el término «expulsión», tal como se utiliza en el proyecto de artículos, se refiere únicamente al derecho del Estado a expulsar, es decir, obligar a un extranjero a abandonar el país, que debe distinguirse del derecho de un Estado a deportar a un extranjero, es decir, a forzarle a abandonar el país.

2. Sin embargo, Alemania quisiera reiterar su propuesta de que en el proyecto de artículo 2, apdo. a, se defina el término «omisión» con el fin de limitar más su ámbito de aplicación.

AUSTRIA

Una expulsión solo puede efectuarse mediante un acto oficial del gobierno. Por consiguiente, Austria no está de acuerdo con la definición actual del término «expulsión» que figura en el proyecto de artículo 2 y que posteriormente se formula con más detalle en el proyecto de artículo 11. Deben suprimirse las palabras «o un comportamiento consistente en una acción o una omisión», sobre todo porque serían contrarias a lo dispuesto en el proyecto de artículo 4, que se refiere a una resolución adoptada conforme a la ley.

CANADÁ

1. El Canadá eliminaría el término «refugiado» de la definición de «expulsión» en el artículo 2, apdo. *a*. Tal como está redactado, no queda claro si el término «refugiado» en este contexto debería aplicarse a las «personas protegidas», a las personas que solicitan que se les otorgue el estatuto de refugiado o a otras personas. Debería aclararse la definición de «expulsión» en el proyecto de artículos, puesto que es posible darle múltiples interpretaciones con diversas consecuencias.

2. El Canadá desea aclarar el significado de «expulsión» en el artículo 2, apdo. *a*, que se define como «un acto jurídico, o un comportamiento consistente en una acción o una omisión, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado». El Canadá considera que tal definición incluye la expulsión por el Estado y la expulsión atribuible al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad del Estado. El Canadá desea poner de relieve que el alcance de las palabras «comportamiento atribuible a un Estado» debería tener el mismo umbral, en lo que respecta a la atribución de un comportamiento, que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹.

¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

CUBA

Respecto al artículo 2, apdo. *b*, Cuba recomienda hacer referencia a la categoría «ciudadanía» en sustitución de «nacionalidad», teniendo en cuenta que la primera es la que vincula política y jurídicamente a un individuo con un Estado. Cuba entiende que la nacionalidad es un atributo que delimita las peculiaridades de cada individuo por razón de cultura, idiosincrasia y tradiciones y que poseerá durante toda su vida. En este sentido, Cuba sugiere modificar la categoría «nacionalidad» por la de «ciudadanía» en todo el proyecto de artículos.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

Véase el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos desean expresar su gran preocupación por los términos empleados en el proyecto de

artículo 2, apdo. *a*, que define la expulsión como «un acto jurídico, o un comportamiento consistente en una acción o una omisión, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado». Estos términos, como se señala en el párrafo 2 del comentario, están directamente vinculados con el concepto de «expulsión encubierta» que se aborda en el proyecto de artículo 11. Las preocupaciones de los Estados Unidos en relación con el tratamiento de la «expulsión encubierta» por la Comisión se exponen con más detalle en los comentarios de los Estados Unidos al proyecto de artículo 11. Sin embargo, los Estados Unidos señalan al respecto que los términos empleados en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, son incongruentes con los del proyecto de artículo 11 en numerosos aspectos, y generan por tanto ambigüedad en cuanto a su intención de abarcar, y por ende prohibir, una gama más amplia de conductas.

2. Por ejemplo, el texto del proyecto de artículo 11 incluye el requisito —puesto de relieve en el párrafo 3 del comentario como «elemento determinante»— de que el Estado tenga «la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio» para que ese tipo de acciones u omisiones constituyan una «expulsión encubierta». Sin embargo, el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, carece de cualquier requisito de intencionalidad, lo que crea ambigüedad en cuanto a si el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, pretende abarcar una gama más amplia de «acciones u omisiones» que constituyen una expulsión, o si podría interpretarse en este sentido. El texto llano del artículo 2, apdo. *a*, puede dar a entender que un Estado podría ser tenido por indirectamente responsable de un determinado comportamiento de agentes privados que compelan a un extranjero a abandonar el país, independientemente de la intención del Estado. Además, como se indica a continuación, en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, se utiliza la frase «compelido a abandonar», mientras que en el proyecto de artículo 11 se habla de «salida forzosa», lo que deja abierta la posibilidad de que haya una diferencia entre esos dos conceptos. En consonancia con sus observaciones sobre el proyecto de artículo 11, los Estados Unidos creen que los términos «o un comportamiento consistente en una acción o una omisión, atribuible a un Estado» del proyecto de artículo 2, apdo. *a*, deberían suprimirse y sustituirse por «de un Estado».

3. Además, esta definición parece indicar que el término «expulsión» abarcaría la «no admisión» de un refugiado. El significado de la expresión «no admisión», tal como se utiliza en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, no es lo suficientemente clara, y al entender de los Estados Unidos dicho término no es un término clave que se utilice en ningún instrumento jurídico internacional. De la lectura del comentario se desprende que la Comisión parece referirse al concepto de «devolución», empleado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, así como en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. En estos instrumentos, «devolución» tiene un significado diferente de la expulsión; cabe señalar que, en su interpretación del artículo 33, párr. 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en la causa *Sale*¹, la Corte

¹ *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, United States Reports, vol. 509 (1993), págs. 182 y 183.

Suprema de los Estados Unidos declaró que el término «devolución» se entiende como un acto defensivo de resistencia o exclusión en la frontera. En consecuencia, sería inapropiado dar a entender que la «no admisión» de un refugiado constituye una expulsión. Si a un refugiado se le deniega el acceso en un puerto de entrada y se lo hace abandonar el país, ese acto constituye una «devolución» a los efectos de la no devolución. Los Estados Unidos también entienden, sobre la base de los términos «compelido a abandonar el territorio de ese Estado» del proyecto de artículo 2, apdo. *a*, que el presente proyecto de artículos no resulta aplicable a ningún procedimiento sobre inmigración llevado a cabo fuera del territorio del Estado. Por estas razones, los Estados Unidos sugieren que la frase «ni la no admisión de un extranjero, que no sea un refugiado» se sustituya por «o la devolución de un extranjero».

4. Además, aunque las obligaciones en materia de no devolución establecidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también prohíben por separado la devolución de un extranjero que tiene derecho a protección, el presente proyecto de artículos se refiere únicamente a la expulsión. Como señalan en sus comentarios al proyecto de artículo 6, los Estados Unidos también consideran que la referencia a «devolver» debe suprimirse del proyecto de artículo 6, párr. 3; si bien el proyecto de artículo 6, párr. 3, se basa en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la referencia a «devolver» excede el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos.

5. Los Estados Unidos acogen con agrado que el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, no incluya entre los casos de «expulsión» la extradición ni la entrega a una jurisdicción penal internacional.

REINO UNIDO

1. El Reino Unido considera que el texto y el alcance del proyecto de artículo 2, apdo. *a*, se refieren a las personas que desean acceder al Estado desde el exterior y excluyen a las personas a las que se deniega la entrada en la frontera. El proyecto de artículo debería referirse más concretamente a los actos en materia de inmigración llevados a cabo por las autoridades dentro del país. Tal como está redactado, el artículo se refiere a todos los actos y omisiones de un Estado encaminados a compeler a un extranjero a abandonar el país (incluidos aquellos que se haya reconocido que se encuentran legalmente en el país). Por consiguiente, podría considerarse que ello se aplica a la totalidad del sistema de inmigración. El sistema de inmigración del Reino Unido se basa en la lucha contra la inmigración ilegal y el Gobierno trabaja con todos los departamentos y en todas las esferas para garantizar que la migración ilegal no repercuta negativamente en los servicios y las prestaciones disponibles que se reservan a justo título para quienes se encuentran legítimamente en el país y han realizado una contribución. En su redacción actual, el proyecto de artículo parte de la base de que es necesario un acto positivo para poder expulsar a las personas que se encuentran ilegalmente en un país. El Reino Unido opina que ello podría llegar a interpretarse en el sentido

más amplio de que existe la obligación de regularizar la situación de un migrante ilegal, es decir, de conferirle un «estatus jurídico», antes de que el Estado pueda adoptar cualquier medida para obligarlo a abandonar el país, porque de lo contrario se estaría incentivando su salida.

2. El Reino Unido sugiere la siguiente enmienda al texto del artículo:

«2. *a*) Se entiende por “expulsión” la decisión formal de un Estado por la cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero, que no sea un refugiado, en un Estado;».

REPÚBLICA DE COREA

1. El artículo 2 considera la no admisión de un refugiado como una especie de expulsión, mientras que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, tratado de referencia sobre la protección de los refugiados, no la considera de ese modo. Lo mismo cabe decir de la ley nacional correspondiente (Ley sobre los Refugiados)¹ de la República de Corea.

2. El proyecto de artículos no especifica el alcance de los términos «derecho» (o «ley») ni de «derecho internacional», lo que puede derivar en una limitación imprevista de la soberanía del Estado. Si el proyecto de artículos utiliza el término «derecho» (o «ley»), debería especificar si se refiere al «derecho internacional», el «derecho interno» (o «ley interna»), o a ambos. Asimismo, el uso del término «derecho internacional» debería limitarse a las normas vinculantes para el Estado de que se trate. A fin de evitar cualquier confusión innecesaria, convendría sopesar la necesidad de incluir una definición de los términos «derecho» (o «ley») y «derecho internacional» en el artículo 2.

3. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, si bien contempla las obligaciones de un Estado respecto a la protección de los refugiados que residen en su territorio, no considera que la no admisión de refugiados constituya una expulsión. La no admisión de refugiados tampoco se considera una expulsión con arreglo a la Ley sobre Refugiados de la República de Corea. En este contexto, cabe señalar que todo Estado tiene la facultad soberana de permitir la admisión de extranjeros en su territorio. Los refugiados no son una excepción, puesto que también pertenecen a la categoría de extranjeros que pueden ser admitidos por un Estado.

¹ Ley núm. 11298 de 10 de febrero de 2012. Entró en vigor el 1 de julio de 2013.

Artículo 3. Derecho de expulsión

CANADÁ

Del párrafo 2 del comentario sobre el artículo 3 se desprende que se desea conferir fuerza jurídica al texto al afirmar que «el ejercicio de este derecho de expulsión está regulado en el presente proyecto de artículos y en las demás normas de derecho internacional aplicables». El Canadá reemplazaría estas palabras por las siguientes:

«Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales».

CUBA

En relación con el derecho de expulsión regulado en el artículo 3 del referido proyecto, Cuba considera necesario incluir el respeto al derecho interno y el mantenimiento de la seguridad pública de cada Estado.

ESTADOS UNIDOS

1. El proyecto de artículo 3 parece indicar que se espera que los Estados cumplan con los supuestos requisitos del presente proyecto de artículos, además de con los requisitos de otras normas aplicables, aun cuando este proyecto de artículos no sea congruente con los tratados internacionales vigentes. Un claro ejemplo de esa incongruencia es que el presente proyecto de artículos no contempla expresamente que se suspenda la aplicación de sus disposiciones en situaciones de emergencia, mientras que muchos tratados internacionales relativos a este tema prevén dicha suspensión, como es el caso del artículo 4, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el artículo 13 del Pacto señala que

*a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello**, se permitirá a tal extranjero [que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte] exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...], y hacerse representar con tal fin ante ellas.

El proyecto de artículo 3 no aclara si se permite suspensión alguna, ya que, de conformidad con este proyecto de artículo, se pueden aplicar ambos conjuntos de normas.

2. Asimismo, en el comentario se indica que se permite la suspensión, lo que significa que las «demás normas [...] aplicables» tienen precedencia sobre el presente proyecto de artículos, al menos en este sentido. El proyecto de artículo 8 también se ocupa de esta cuestión, pero solo en un contexto más restringido. A fin de evitar confusiones, el proyecto de artículo 3 debería volver a redactarse retomando los términos del proyecto de artículo 8 pero de una manera más amplia:

«Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. Las normas aplicables a la expulsión de extranjeros enunciadas en el presente proyecto de artículos se entienden sin perjuicio de otras normas relativas a la expulsión de extranjeros, en particular las relativas a los derechos humanos.»

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario formulado en la sección de comentarios generales.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

EL SALVADOR

1. El artículo 4 es fundamental dentro del proyecto de artículos ya que exige que toda expulsión se realice en el marco del derecho; sin embargo, es necesario realizar

algunos ajustes en su redacción con el objeto de fortalecer su contenido.

2. En primer lugar, se estima que el epígrafe del artículo resulta ambiguo en español pues la expresión «obligación de conformidad con la ley» no indica con exactitud el elemento que debe ser conforme a la ley. Por ello, se sugiere indicar con claridad que toda actuación que se realice durante el proceso de expulsión debe cumplir con esta exigencia.

3. En segundo lugar, es indispensable que este artículo identifique al Estado como el único sujeto autorizado para tomar una decisión de expulsión. Tal como se ha indicado en el comentario de la Comisión al artículo 4, la condición fundamental para ejercer la expulsión de un extranjero es la adopción por el Estado que expulsa de una resolución conforme a la ley. Precisamente esta exigencia tiene el efecto de prohibir que el Estado adopte comportamientos destinados a obligar a una persona extranjera a abandonar el territorio sin notificaciones formales y sin procedimiento.

4. De acuerdo con las consideraciones anteriores se propone la siguiente redacción:

«Artículo 4. Obligación [de actuar] de conformidad con la ley

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada [por el Estado] conforme a la ley.»

FEDERACIÓN DE RUSIA

1. La Federación de Rusia apoya el requisito estipulado en el proyecto de artículo 4 en el sentido de que la expulsión de un extranjero únicamente sea admisible en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley. Al mismo tiempo, nota la siguiente posición jurídica enunciada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo en el caso *Diallo*: «está claro que, si bien la “conformidad con la ley” definida de esta manera es una condición necesaria para el cumplimiento de las disposiciones mencionadas, *no es una condición suficiente**»¹. Desarrollando esa idea, la Corte dijo más adelante lo siguiente:

Primero, la ley interna aplicable debe ser *compatible con los requisitos del Pacto y la Carta Africana** [de Derechos Humanos y de los Pueblos]; segundo, *la expulsión no debe ser de carácter arbitrario**, pues la protección contra el trato arbitrario está en el corazón de los derechos garantizados por las normas internacionales que protegen los derechos humanos².

2. Así pues, en opinión de la Corte Internacional de Justicia, la ley del Estado en la que se funda la sentencia de expulsión de un extranjero debe satisfacer determinados criterios: *a)* debe ser conforme a las normas de

¹ *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 663, párr. 65. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 175.

² *Ibíd.*

derecho internacional que sean aplicables con respecto al Estado (en el caso *Diallo*, esas normas —como se ha dicho— estaban en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana), y *b*) debe dar garantías suficientes contra el trato arbitrario por parte de las autoridades.

3. En opinión de la Federación de Rusia, empero, la mencionada posición jurídica de la Corte Internacional de Justicia no se refleja adecuadamente en el comentario sobre el proyecto de artículos. En conjunto, su análisis, principalmente en el contexto de la obligación especificada en el proyecto de artículo 4, podría ser de interés para la Comisión (sus resultados podrían reflejarse posteriormente en el comentario). Por su parte, en el marco de la cuestión, la Federación de Rusia ha señalado a la atención la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el contexto de la cual se ha dado una detallada interpretación a la expresión «de conformidad con la ley».

4. Por ejemplo, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte del hecho de que la expresión «conforme a la ley» empleada en el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos requiere no solo que determinadas medidas tomadas por el Estado contra una persona estén basadas en las normas de la ley, sino que además presupone la «calidad de la ley» (en ese sentido, la práctica del Tribunal Europeo es armónica con la citada posición jurídica de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Diallo*). Así, en el caso de *Khlyustov v. Russia*, el Tribunal Europeo, haciendo referencia a su jurisprudencia³, dijo que

la expresión «conforme a la ley» no solo requiere que las medidas impugnadas tengan cierta base en el derecho interno, sino que además se refiere a la calidad de la ley en cuestión. Primero, la ley debe ser adecuadamente accesible: el ciudadano debe poder tener una indicación de lo que es adecuado en las circunstancias de las normas jurídicas aplicables a un caso dado. Segundo, una norma no puede ser considerada «ley» a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir que el ciudadano regule su conducta⁴.

5. Aparte de eso, en su práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte del hecho de que la expresión «calidad estándar de la ley» presupone que la ley debe especificar límites a una interpretación amplia cuando ella se aplique, así como la posibilidad de revisión de las decisiones anteriores en una forma u otra⁵.

³ Véanse los casos *The Sunday Times*, 26 de abril de 1979, *série A*, vol. 80, págs. 30 y 31, párrs. 47 a 49; y *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [Gran Sala], demanda núm. 38433/09, *Recueil des arrêts et décisions 2012-III*, pág. 312, párrs. 140 y 141.

⁴ *Khlyustov v. Russia*, fallo (fondo y reparación equitativa), demanda núm. 28975/05, párr. 68.

⁵ Caso *Malone*, 2 de agosto de 1984, *série A*, vol. 82, pág. 32, párr. 67.

REINO UNIDO

Respecto a este proyecto de artículo, el Reino Unido reitera las mismas preocupaciones enunciadas en sus comentarios sobre el artículo 2.

Artículo 5. Motivos de expulsión

AUSTRALIA

Australia expresa su preocupación por el hecho de que en el proyecto de artículos no se preste suficiente atención a consideraciones de seguridad nacional. Por ejemplo, en el proyecto de artículo 5, párr. 1, sería positivo incluir una limitación relativa a la seguridad nacional al requisito de que los Estados motiven toda decisión de expulsión.

CANADÁ

1. El Canadá sugiere que el artículo 5, párr. 3, se limite a señalar lo siguiente: «Los motivos de expulsión deberán ser evaluados de buena fe y de manera razonable». Las decisiones de expulsión se adoptan en el marco de distintos procedimientos, según el contexto (por ejemplo, una solicitud de visado de turista, de residencia permanente o de asilo). Muchas de las decisiones de expulsión son de carácter administrativo (como la negativa sistemática a prorrogar un visado de turista) y es perfectamente legítimo que no tengan en cuenta la gravedad de los hechos ni el comportamiento del extranjero en cuestión.

2. En relación con el proceso de decisiones de expulsión, el Canadá solicita que en el comentario al artículo 5 se aclare que los motivos de expulsión se examinarán en el momento de adoptar la decisión, y no en el momento de la expulsión.

EL SALVADOR

1. Tal como ha indicado la Comisión, los motivos que dan lugar a la expulsión deben estar previstos expresamente en la ley, pero corresponde a cada uno de los Estados identificar los motivos concretos de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno.

2. En tal sentido, se considera innecesario que el proyecto de artículos enuncie motivos de expulsión, en especial si se toma en consideración que posiblemente algunos de estos motivos no se encuentren contemplados en la legislación de ciertos Estados, o pueden tener un alcance distinto dentro de los procedimientos de expulsión.

3. Por otra parte, es cuestionable la utilidad de identificar la seguridad nacional y el orden público como motivos de expulsión ya que ambos constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Tal dificultad incluso fue reconocida por el Relator Especial en los siguientes términos:

Se plantea luego el problema de la determinación del contenido preciso de los dos motivos principales —el orden público y la seguridad pública—, problema tanto más difícil cuanto que la apreciación de la amenaza para el orden público o la seguridad pública depende de cada Estado, en este caso del Estado autor de la expulsión, y que el contenido de los conceptos es esencialmente fluctuante. Esos conceptos figuran en la mayor parte de los sistemas jurídicos sin tener un sentido preciso, y todavía menos un sentido determinable¹.

4. En virtud de lo anterior, se recomienda mantener los párrafos 1, 3 y 4 del proyecto de artículo 5, pero eliminar la última frase del párrafo 2 que se refiere a «la seguridad

¹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), pág. 167, documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 77.

nacional» y al «orden público», de modo que únicamente se prevea la obligación de establecer el motivo de expulsión en una ley, de la siguiente manera:

«2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.»

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos entienden que el proyecto de artículo 5 contempla la expulsión de un extranjero por cualquier motivo previsto en la ley, incluida la expulsión sistemática de las personas que violen las leyes de inmigración de los Estados Unidos.

2. En el proyecto de artículo 5, párr. 3, las palabras que siguen a «circunstancias» son innecesarias y pueden inducir a error, dado que antes en esa misma oración ya se establece que se deben tener en cuenta todas las circunstancias. En particular, la mención al «carácter actual de la amenaza», aunque está precedida por «cuando proceda», podría dar a entender que debe haber algún tipo de «amenaza» para que pueda invocarse un motivo válido para la expulsión. Los Estados Unidos recomiendan poner fin a la oración después de «cuestión» o, como alternativa, añadir las palabras «en particular» después de «incluido» e insertar las palabras «u otras situaciones» después de «amenaza» para ampliar el alcance de esta cláusula.

3. En el proyecto de artículo 5, párr. 4, deberían añadirse las palabras «sus obligaciones en virtud del» antes de «derecho internacional», a fin de evitar toda ambigüedad respecto al significado de «contrario al derecho internacional». Dicha redacción coincidiría con la del proyecto de artículo 25, que usa con buen juicio la expresión «sus obligaciones en virtud del derecho internacional».

REINO UNIDO

1. El Reino Unido sugiere enmiendas a este proyecto de artículo. Le preocupa la referencia concreta que se hace en el artículo a «la seguridad nacional y el orden público» y la proximidad de la amenaza, a saber, «el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar». El artículo, tal como está redactado, implica una limitación de los motivos de expulsión que el Reino Unido no puede aceptar. El Reino Unido sugiere un texto enmendado que no restrinja el poder de las autoridades, en que se elimine del párrafo 2 la siguiente frase: «incluidos, en particular, la seguridad nacional y el orden público».

2. Asimismo, propone que el párrafo 3 se reformule de la siguiente manera:

«3) El motivo de expulsión de las personas que de otro modo se encontrarían legalmente en el territorio deberá ser evaluado de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y a la luz de todas las circunstancias, incluido el comportamiento del extranjero en cuestión.»

3. En la actualidad, el Reino Unido está aprobando legislación para eliminar la necesidad de adoptar decisiones individuales para compeler a los migrantes ilegales a salir del país. De acuerdo con su posición, los migrantes

ilegales deben dar por supuesto que serán obligados a abandonar el país a menos que presenten una solicitud para regularizar su estancia. De conformidad con los nuevos procedimientos, se notifica al migrante ilegal una decisión única de expulsión y denegación de permiso para permanecer en el país, en que se indica el motivo de la denegación del permiso y la expulsión, a saber, que el extranjero se encuentra en el Reino Unido de manera ilegal.

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario formulado en la sección de comentarios generales.

SEGUNDA PARTE

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Prohibición de la expulsión de refugiados

AUSTRALIA

Australia señala que el proyecto de artículo 6, párr. 2, prohíbe expulsar a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado cuya solicitud de reconocimiento de su condición de refugiado se esté examinando. Esta disposición amplía de manera considerable las obligaciones contraídas en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que se aplican únicamente a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado.

CANADÁ

1. El artículo 6, párr. 2, se refiere a un «refugiado que [...] haya solicitado que se le reconozca la condición de refugiado». En aras de una mayor claridad, y si la intención del proyecto de artículos es salvaguardar de la expulsión a las personas cuya solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado esté pendiente de examen, el párrafo 2 debería referirse a un «extranjero» en lugar de a un «refugiado».

2. El Canadá recomienda que el artículo 6 (sobre los refugiados), el artículo 23 (sobre el derecho a la vida) y el artículo 24 (sobre la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura) se agrupen y modifiquen para reflejar mejor las normas de derecho internacional vigentes. La prohibición de la expulsión de los extranjeros que podrían ser sometidos a tortura o a tratos crueles o inhumanos se aborda en los artículos 6, párr. 3, 23 y 24, con una importante distinción. El artículo 6, párr. 3, permite la expulsión en esas circunstancias si existen motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país de asilo o si ha sido condenada por un delito grave y representa un peligro para la comunidad de ese país. En cambio, los artículos 23 y 24 garantizan una prohibición incondicional de la devolución cuando la persona podría ser sometida a tortura o tratos crueles o inhumanos.

3. El Canadá está de acuerdo con los términos empleados en el proyecto de artículo 6, párr. 3, sobre la expulsión de refugiados cuando no existe riesgo de muerte o tortura.

4. El Canadá quisiera hacer una comparación entre los artículos 5, párr. 2, y 6, párr. 1. El artículo 5, párr. 2, limita la expulsión de extranjeros a los motivos previstos en la ley, en particular, la seguridad nacional y el orden público. El artículo 6, párr. 1, establece la seguridad nacional y el orden público como los únicos motivos admisibles para la expulsión de refugiados. El Canadá también permitiría la expulsión de extranjeros, incluidas las personas reconocidas por otros países como refugiados en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que hayan cometido violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Como se señala en el comentario, el artículo 6, párr. 2, no proviene de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, sino de la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África. El Canadá preferiría que los párrafos del artículo 6 mantuvieran coherencia con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y señala que la expulsión a que se refiere el proyecto de artículo 6, párr. 1, no puede limitarse a la seguridad nacional y el orden público.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Es importante mantener la posibilidad de cumplir una decisión de expulsión en determinados casos aunque se haya interpuesto un recurso, por ejemplo, cuando una solicitud de asilo es manifiestamente infundada.

2. La suspensión preceptiva de todas las decisiones de expulsión hasta que se tome una decisión definitiva sobre el recurso (y no solo hasta que una corte o tribunal decida si el recurso ha de tener efecto suspensivo) daría lugar a un creciente riesgo de abuso y socavaría la legitimidad de los sistemas de asilo de los Estados miembros de la UE, pues se considera que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación regular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión que desestime la solicitud o ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo (véase el párrafo 9 del preámbulo de la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹).

3. Véase también el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

¹ Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 348/98, 24.12.2008).

EL SALVADOR

1. Se observa que el artículo 6, párr. 3, del proyecto de artículos tiene su equivalente en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que reconoce la prohibición de expulsión y de devolución, pero que, al mismo tiempo, prevé excepciones cuando el refugiado se considera un peligro para la seguridad del

país o cuando constituye una amenaza para la comunidad debido a la comisión de un delito particularmente grave.

2. Para El Salvador este artículo supuso un paso importante en la protección de los refugiados en el siglo XX; sin embargo debe advertirse que el principio de no devolución ha seguido evolucionando hasta convertirse en una norma imperativa de derecho internacional¹.

3. Lo anterior implica que las excepciones a este principio, creadas hace 60 años, no deberían ser duplicadas en un proyecto internacional actual, sin tomar en consideración los importantes avances en la materia y, principalmente, la existencia de otros instrumentos internacionales que amplían la protección de los refugiados.

4. En el ámbito interamericano, por ejemplo, el artículo 22, párr. 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

5. Del mismo modo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, introduce una clara limitación a todo tipo de devolución al indicar en su artículo 3:

Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

6. Esto significa que, en casos de tortura, no se permiten excepciones a la prohibición de la devolución, lo cual se reafirma aun para casos de comisión de delitos, ya que el artículo hace una referencia expresa a la figura de la extradición sin reducir la protección de la persona y sin limitar de forma alguna el alcance del principio de no devolución.

7. Ello ha sido corroborado por el Relator Especial sobre la cuestión de tortura, quien ha recomendado reiteradamente a los Estados que

[e]l derecho y la práctica nacionales deberían reflejar el principio enunciado en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, [es decir] la prohibición de proceder a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado «cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Debería mantenerse en cualquier circunstancia el principio de no expulsión, independientemente de que la persona de que se trate haya cometido delitos y de la gravedad y la naturaleza de estos².

8. Por su parte, en el ámbito interno y en atención a estos instrumentos internacionales, la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas³ de El Salvador, indica en su artículo 46 que:

¹ Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (22 de noviembre de 1984), conclusión quinta: «Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*» (Ginebra, ACNUR, 2006).

² E/CN.4/2003/68, párr. 26, apdo. o.

³ El Salvador, *Diario Oficial*, vol. 356, núm. 148, 14 de agosto de 2002.

La persona refugiada no puede ser expulsada o devuelta a otro país, sea o no de su origen, donde su derecho a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en riesgo de violación por causa de su raza o etnia, género, religión o credo, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, por sus opiniones políticas, por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público.

En ningún caso se trasladará a la persona refugiada en contra de su voluntad a un tercer país, aun cuando exista resolución de expulsión por parte de la Comisión. En este caso, la Comisión concederá un plazo de un mes para que en coordinación con [el] ACNUR puedan gestionar su admisión en otro país.

9. En virtud de lo anterior, El Salvador recomienda a la Comisión que tome en consideración la innegable evolución del principio de no devolución y su naturaleza como norma imperativa de derecho internacional. Así pues, se sugiere eliminar del artículo las excepciones a este, en tanto su estipulación aislada del resto de otros tratados de derechos humanos podría constituir un retroceso para los derechos de los refugiados.

10. Por otra parte, si la protección de este artículo abarca tanto a refugiados como a solicitantes de refugio sin importar su condición migratoria, El Salvador considera innecesario separar la prohibición de expulsión en dos párrafos.

11. Particularmente, se advierte que la redacción actual del artículo 6 resulta incompleta, ya que el párrafo 1 se refiere a los refugiados que se encuentran en el territorio de manera regular, mientras que el párrafo 2 regula lo relativo a los solicitantes de refugio en situación migratoria irregular. Ello parece sujetar la regularidad migratoria al otorgamiento del refugio, lo cual podría desnaturalizar su función. Asimismo, se limitan las posibilidades que se presentan en la práctica, puesto que, por ejemplo, también pueden existir solicitantes de refugio en situación migratoria regular.

12. En definitiva, atendiendo a las anteriores consideraciones, se propone la siguiente redacción del proyecto de artículo 6:

«1. El Estado no expulsará a una persona refugiada o solicitante de refugio mientras se esté examinando su solicitud, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La disposición del párrafo 1 se aplicará independientemente de la situación migratoria regular o irregular de la persona refugiada o solicitante de refugio.

3. Un Estado no podrá, en modo alguno, expulsar o devolver a una persona refugiada a un Estado o a las fronteras de territorios en los que su vida, [integridad personal] o libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, sexo, nacionalidad, opinión política o de cualquier otra índole, pertenencia a un determinado grupo, o cualquier otra condición social.»

ESTADOS UNIDOS

1. A diferencia de lo que ocurre en el proyecto de artículo 6, párr. 1, que reproduce el artículo 32, párr. 1, de

la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el proyecto de artículo 6, párr. 2, no tiene ningún fundamento en la Convención, y su propósito exacto es difícil de entender en su redacción actual, ya que se aplica a un «refugiado» cuya condición de tal todavía no se ha determinado. La explicación del comentario sobre esta disposición no es satisfactoria, ya que se afirma que esta solo se aplica a las personas que responden realmente a la definición de «refugiado» en virtud del derecho internacional; sin embargo, la disposición parte de la base de que la condición de refugiado todavía no se ha otorgado. Además, toda revisión o ampliación de esta disposición debería tener en cuenta la práctica actual de los Estados y abordar las preocupaciones que generan los abusos que se cometen en relación con las solicitudes manifiestamente infundadas. En general, los Estados Unidos dejan sin efecto temporariamente la expulsión de los extranjeros que han solicitado el asilo o la suspensión de la expulsión al menos hasta que se hayan resuelto administrativamente dichas solicitudes; no obstante, hay ciertas excepciones limitadas (véase, por ejemplo, el Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos sobre terceros países seguros¹). En consecuencia, los Estados Unidos recomiendan que se revise esta disposición a fin de abordar estas cuestiones, o que de lo contrario sea eliminada.

2. Como se señaló anteriormente en sus observaciones al proyecto de artículo 2, los Estados Unidos consideran que las palabras «o devolver» se deben suprimir en el proyecto de artículo 6, párr. 3. Si bien ese párrafo se basa en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la inclusión del término «devolver» excede el alcance de este proyecto de artículos, que se centra estrictamente en la expulsión. No existe un motivo claro para incluir el término «devolver» en esta disposición y no en el proyecto de artículo 24, dado que el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también se aplica a las «devoluciones». Los Estados Unidos recomiendan eliminar la referencia a «devolver» del proyecto de artículo 6 y que se siga excluyendo dicho término del proyecto de artículo 24.

¹ Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la cooperación en el examen de las solicitudes del estatuto de refugiado de nacionales de terceros países (Washington, 5 de diciembre de 2002), Canadá, *Recueil des Traités*, 2004/02.

REPÚBLICA DE COREA

1. Aunque una persona pueda ser considerada como refugiada en virtud del artículo 1, párr. A, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, dicha persona podrá aun así ser expulsada en virtud del artículo 1, párr. F (por ejemplo, cuando existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz). Esas disposiciones podrían incorporarse al proyecto de artículos en una cláusula que establezca esa salvedad.

2. No es necesario extender la aplicación de la obligación del Estado enunciada en el artículo 6, párr. 1, a las personas que han solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado sobre la base de afirmaciones falsas. Por consiguiente, el artículo 6, párr. 2, podría reformularse de la siguiente manera:

«Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a ningún refugiado que, encontrándose ilegalmente en el territorio del Estado, haya solicitado que se le reconozca la condición de refugiado con el único objetivo de presentar esa solicitud, mientras esa solicitud se esté examinando.»

3. Véase también el comentario formulado en la sección de comentarios generales.

Artículo 7. Prohibición de la expulsión de apátridas

CANADÁ

1. La definición de «extranjero» incluye a los apátridas, de acuerdo con el comentario al artículo 2. El artículo 7, que se refiere específicamente a los apátridas, es por lo tanto innecesario salvo que el proyecto de artículos busque acordar una protección específica y adicional a esta categoría de personas.

2. El Canadá tiene reparos respecto del artículo 7, que limita los motivos de expulsión de los apátridas que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado a la seguridad nacional y el orden público. El uso de «legalmente» en este contexto resulta extraño. Una vez que una persona ha sido objeto de una expulsión, ya no se encuentra legalmente en el país; las expulsiones deben ser conformes a la ley. Si se elimina «legalmente», los motivos que podrían invocarse serían demasiado limitados. El Canadá considera que sus obligaciones respecto a la expulsión de apátridas no deben incluir limitaciones mayores que con respecto a la expulsión de personas con nacionalidad.

CUBA

El artículo 7 estipula que un apátrida solo puede ser expulsado por motivos de seguridad nacional o de orden público, pero para lograr la uniformidad del texto, según lo que plantea el artículo 5, párr. 2, para el caso de los extranjeros, también deberá admitirse como motivo de expulsión cualquier causal legal interna que exista en el derecho nacional del Estado expulsor.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos no consideran que el proyecto de artículo 7 refleje el derecho establecido. El proyecto de artículo 7 se basa en el artículo 31, párr. 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. En la actualidad, menos de 80 Estados son partes en esa Convención, y la práctica de muchos países que no lo son no se ajusta a lo establecido en dicho artículo. Por ejemplo, los Estados Unidos, que no son parte en la Convención, no reconocen ese tipo de prohibición en su legislación interna. Un apátrida que haya violado las leyes de inmigración de los Estados Unidos está sujeto a expulsión incluso en ausencia de motivos de seguridad nacional o de orden público. A menudo dicha expulsión no se puede llevar a cabo, pero los Estados Unidos pueden tratar de expulsar al apátrida al país donde tenía su última residencia habitual o a otro país adecuado de conformidad con la legislación de los Estados Unidos.

Artículo 8. Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas

EL SALVADOR

1. El artículo 8 constituye una cláusula de salvaguardia de gran utilidad, ya que permite aclarar que el proyecto no afecta la obligatoriedad de otras normas de derecho internacional en la materia.

2. No obstante, para El Salvador esta cláusula no reemplaza las consideraciones realizadas *supra* respecto al principio de no devolución de los refugiados, y la correspondiente necesidad de estipular su evolución en el proyecto de artículos, con el objeto de asegurar que los Estados brinden la protección adecuada a este grupo vulnerable.

ESTADOS UNIDOS

Si el proyecto de artículo 3 se modifica con arreglo a las recomendaciones formuladas anteriormente por los Estados Unidos, el proyecto de artículo 8 podría ser suprimido. En caso de que no se modificara el proyecto de artículo 3, el artículo 8 debería ampliarse como sigue:

«Las normas aplicables a la expulsión de extranjeros enunciadas en el presente proyecto de artículos se entienden sin perjuicio de otras normas aplicables de derecho internacional sobre la expulsión de extranjeros, en particular las relativas a los derechos humanos.»

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario formulado en la sección de comentarios generales.

Artículo 9. Privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos entienden que el proyecto de artículo 9 no se refiere a una situación en la que una persona renuncia voluntaria e intencionadamente a su nacionalidad, y cree que sería útil precisar esta apreciación en el comentario, quizás en el párrafo 3.

REINO UNIDO

1. Sería conveniente aclarar en mayor medida el proyecto de artículo 9. El Reino Unido privará de su nacionalidad a una persona en casos de fraude o para proteger a la población; sin embargo, los motivos para privar a alguien de la nacionalidad también pueden ser motivos de expulsión por sí mismos.

2. El Reino Unido propone la siguiente enmienda al texto del proyecto de artículo:

«Un Estado no podrá convertir a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo, lo que no obsta a que los motivos que den lugar a dicha privación, previstos por la ley,

también puedan constituir por sí mismos motivo de expulsión.»

Artículo 10. Prohibición de la expulsión colectiva

ALEMANIA

El proyecto de artículo 10, párr. 2, establece la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. Teniendo en cuenta que, como norma general, se aplica a todos los extranjeros, con independencia del grupo al que pertenezcan, consideramos que es innecesario mencionar explícitamente un grupo específico (los trabajadores migratorios).

AUSTRALIA

Australia señala también que otros proyectos de artículos, como el artículo 10, que se refiere a la prohibición de la expulsión colectiva, codifican derechos recogidos en instrumentos universales (la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares) en los que Australia no es parte. Habida cuenta del apoyo limitado de los Estados de acogida a esta Convención, Australia no considera que se trate de una norma de derecho internacional consuetudinario y recomienda que la Comisión actúe con cautela respecto a su codificación en el proyecto de artículos.

EL SALVADOR

1. El párrafo 1 del artículo 10 define «expulsión colectiva», como «la expulsión de extranjeros como grupo». En este caso, se ha realizado una redacción unitaria que podría resultar imprecisa, al caracterizar a los extranjeros como un único colectivo.

2. Las dificultades que esta interpretación podría generar son evidentes, puesto que el artículo 10 no solo debería prohibir la expulsión de extranjeros como un único grupo, sino también la selección arbitraria de pequeños conjuntos de personas extranjeras para expulsarlas, sin seguir el procedimiento de decisión individual conforme a la ley.

3. Por su parte, el párrafo 3 aclara que se podrá expulsar «conjuntamente» a los miembros de un grupo de extranjeros sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los miembros del grupo. Sin duda este párrafo se refiere a lo establecido en diversos instrumentos de derechos humanos, sin embargo es necesario realizar algunos ajustes en su redacción para comprender su contenido.

4. En primer lugar, es necesario sustituir la expresión «conjuntamente» por «simultáneamente», ya que esta última denota de mejor manera la idea de que la expulsión se realiza al mismo tiempo, pero que se trata de operaciones distintas derivadas de un análisis separado.

5. En segundo lugar, aunque el párrafo 3 prevé que el examen se realice conforme a la situación particular de cada persona, es necesario optar por términos más precisos para indicar que el examen debe ser individual y dentro de un proceso establecido en la ley.

6. Por otra parte, el párrafo 4 únicamente debería referirse a las reglas aplicables en casos de conflictos armados. En particular, resulta problemático estipular como requisito la «participación del Estado expulsor» pues, en esta materia, también es relevante identificar al otro Estado con el que se mantiene el conflicto. En tal sentido, se sugiere una redacción más general, con el objeto de que este párrafo realmente funcione como una cláusula de salvaguardia.

7. En definitiva, se recomienda la siguiente redacción para el artículo 10:

«1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por expulsión colectiva [todo acto por el que se obliga a un grupo de personas extranjeras a abandonar el territorio de un Estado].

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de personas extranjeras, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares.

3. Un Estado podrá expulsar de forma [simultánea] a los miembros de un grupo de extranjeros, siempre que [la medida se adopte conforme a la ley y por medio de un proceso individual].

4. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros [en caso de conflicto armado].»

ESTADOS UNIDOS

1. Si bien ni el proyecto de artículo 10 ni el comentario definen el término «grupo», los Estados Unidos entienden que el proyecto de artículo se refiere a una situación en que se expulsa a más de un extranjero sin estudiar individualmente si cada uno de esos extranjeros debe ser expulsado. Como tal, siempre y cuando se examine individualmente la situación de cada extranjero del grupo, la expulsión puede seguir adelante, incluso si ello da lugar a la expulsión simultánea de varios extranjeros o de un grupo de extranjeros.

2. Además, los Estados Unidos entienden que, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 2, apdo. a, estos proyectos de artículos no se refieren a la decisión de un Estado de no admitir o de negar la entrada a los extranjeros de una determinada nacionalidad o país de origen.

3. Los Estados Unidos consideran que el proyecto de artículo 10, párr. 2, menciona expresamente a «los trabajadores migratorios y sus familiares» con la probable intención de poner de relieve la vulnerabilidad de ese grupo. Sin embargo, dado que existen muchos tipos distintos de grupos que pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos, y que presumiblemente todos tienen derecho a la misma protección, los Estados Unidos sugieren que se supriman las palabras «incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares», a fin de evitar consecuencias perjudiciales para otros grupos.

4. Los términos «examen razonable y objetivo», si bien no le plantean a los Estados Unidos objeciones en sí mismos, introducen un criterio que no aparece en ninguna otra parte del proyecto de artículos. Dado que el artículo 5, párr. 3, ya establece principios similares aplicables al examen de cualquier caso de expulsión, la Comisión debería estudiar la posibilidad de referirse a él en el proyecto de artículo, de modo que la frase dijera lo siguiente:

«y sobre la base de un examen de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con los criterios establecidos en el proyecto de artículo 5, párrafo 3.»

REINO UNIDO

1. El Reino Unido sugiere enmiendas al texto de este proyecto de artículo. El Reino Unido está plenamente de acuerdo en que se debe prohibir la expulsión en masa, pero la legislación nacional permite específicamente la deportación o expulsión de familiares. Los derechos humanos de cada persona objeto de expulsión se examinan de forma individual.

2. El Reino Unido propone la siguiente enmienda al párrafo 2:

«Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios [sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3].»

REPÚBLICA DE COREA

1. La definición de «expulsión colectiva» en este artículo podría interpretarse en el sentido de que incluye la expulsión de varios individuos juntos, incluso después de haberse realizado un examen razonable y objetivo de cada caso particular, solo porque son expulsados junto con otros extranjeros que se encontraban a bordo de la misma aeronave o embarcación. Esta situación debe distinguirse de la expulsión colectiva prevista en el proyecto de artículo 10. Como tal, el artículo podría revisarse para incluir una salvedad: «No se considerará expulsión colectiva el hecho de que un Estado expulse a un grupo de extranjeros después de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada persona extranjera del grupo».

2. Si bien la finalidad del párrafo 2 es proteger los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, se limita indebidamente la soberanía del Estado territorial. También cabe señalar que a enero de 2014 solo 47 países habían ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En este contexto, sería conveniente suprimir este párrafo.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión encubierta

ALEMANIA

1. Como señaló anteriormente, Alemania opina que el alcance del proyecto de artículo 11 es impreciso, dado que, en particular, la definición de «expulsión encubierta» en el párrafo 2 puede dejar margen para una interpretación

excesivamente amplia. Por lo tanto, acoge con agrado la aclaración formulada en el proyecto de artículo 11, párr. 2.

2. Sin embargo, Alemania quisiera reiterar su propuesta de que se incluya una aclaración en el proyecto de artículo 11, a fin de indicar que los actos que los Estados llevan a cabo de conformidad con sus leyes nacionales y que sean razonables no puedan interpretarse como acciones que dan lugar a una expulsión encubierta.

AUSTRIA

En consonancia con sus comentarios al proyecto de artículo 2, Austria considera que la expulsión solo puede llevarse a cabo mediante un acto jurídico del gobierno. El proyecto de artículo 11 debe ser modificado a fin de reflejar esta apreciación.

CANADÁ

1. El proyecto de artículo 11 establece que

se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de acciones u omisiones de dicho Estado, incluidas las situaciones en que ese Estado *apoye o tolere** actos cometidos por sus nacionales u otras personas con la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio.

2. Conforme a esta redacción, el proyecto de artículo 11 indica un umbral más bajo de responsabilidad de los Estados en los casos en que la conducta de los agentes privados no sea atribuible al Estado y no constituya una violación de una obligación internacional. Dado que los artículos 2 y 11 se refieren a la expulsión atribuible al Estado, esas disposiciones deberían establecer el mismo umbral de atribución que el descrito en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹.

¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

ESTADOS UNIDOS

1. Como se señaló anteriormente, los Estados Unidos están considerablemente preocupados por el concepto de «expulsión encubierta» en la forma expresada en el proyecto de artículo 11. Creen que la práctica y la jurisprudencia actuales de los Estados no han abordado ni definido la naturaleza de dicho concepto ni lo han delimitado de modo suficiente como para que se lo codifique en el proyecto de artículo. Dado que este proyecto de artículo representa una propuesta de desarrollo progresivo del derecho, su texto es inaceptablemente amplio y ambiguo.

2. En el comentario se cita como autoridad principal la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía. Como el propio comentario reconoce en el párrafo 6, deben existir «requisitos particularmente estrictos» para que se dé un caso de expulsión encubierta y, de hecho, la jurisprudencia al respecto es tan limitada que apenas se han reconocido casos de ese tipo. Por lo tanto, los Estados y los tribunales internacionales aún tienen que examinar a fondo importantes cuestiones relativas a los diversos elementos que son necesarios para que se considere que se ha producido un caso de expulsión encubierta.

3. Los Estados Unidos consideran que el proyecto de artículo 11, incluso interpretado en conjunción con el comentario, adolece de numerosas deficiencias derivadas de esta falta de claridad y consenso. Por ejemplo, al utilizar la frase «acciones u omisiones», como en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, el presente proyecto de artículo parece basarse en los principios de la responsabilidad del Estado (véase el artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹). Sin embargo, habida cuenta de que el proyecto de artículo atribuye responsabilidad al Estado sobre la base de los hechos de los nacionales de ese Estado u otras personas, surge la duda, especialmente en el contexto de las «omisiones», de cuáles son las obligaciones internacionales que un Estado tiene en lo que respecta a sus nacionales u otras personas en el contexto de las expulsiones de extranjeros. Además, el proyecto de artículo 11 no alude al requisito de que la acción u omisión deba ser atribuible al Estado, pese a que dicho elemento se encuentra en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, y en el comentario. Por añadidura, el término «tolere» es claramente demasiado amplio en vista de los citados «requisitos estrictos», lo que podría dar lugar a que se invoque la responsabilidad del Estado por una amplia gama de actos de terceros sobre los que tiene poco o ningún control. Además, el texto no deja suficientemente claro que el elemento esencial de la intencionalidad se refiere al Estado y no a «sus nacionales u otras personas». Por último, tal como se señaló anteriormente, en este proyecto de artículo se emplea el término «salida forzosa», mientras que en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, se utiliza la expresión «compelido a abandonar».

4. Teniendo en cuenta especialmente las posibles consecuencias para la responsabilidad del Estado y las obligaciones del Estado respecto a la conducta de sus nacionales, de otras personas e incluso de entidades gubernamentales subnacionales, los Estados deberían estudiar cuidadosa y minuciosamente la formulación definitiva del concepto de «expulsión encubierta» antes de aceptarlo como un principio generalmente aplicable de derecho internacional. Por lo tanto, los Estados Unidos recomiendan que se suprima este proyecto de artículo.

¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

PAÍSES BAJOS

Con respecto al proyecto de artículo 11, relativo a la prohibición de la expulsión encubierta, los Países Bajos consideran que el actual texto no es claro sobre el alcance del proyecto de artículo e insta a la Comisión a no incorporar su texto en su forma actual. Además, el proyecto de artículo no está en consonancia con el principio que sostienen los Países Bajos de vincular los derechos a prestaciones con la condición jurídica de residente. Este principio se introdujo en los Países Bajos mediante la Ley sobre el Derecho a Prestaciones (Condición Jurídica de Residente)¹ (*Koppelingswet*), que establece que los extranjeros que no residan legalmente en los Países Bajos no pueden reclamar prestaciones ni asistencia. La idea en que se basa la ley es que la política general de extranjería debe tener como objeto desalentar la residencia ilegal en los Países Bajos y que las autoridades de los Países Bajos no deben ofrecer facilidades a los extranjeros en situación

ilegal permitiéndoles obtener prestaciones de seguridad social y asistencia. El principio de vincular el derecho a las prestaciones con la condición jurídica de residente es de suma importancia para los Países Bajos.

¹ Aprobada el 26 de marzo de 1998.

REINO UNIDO

1. El Reino Unido tiene reparos importantes en relación con este proyecto de artículo y no está de acuerdo con su redacción actual. El Reino Unido podría aceptar una enmienda de los términos empleados si el artículo en cuestión hiciera referencia expresa a las medidas dirigidas contra los extranjeros que se encuentren legalmente en el Reino Unido. Al Reino Unido le preocupa que esta disposición pueda hacerse extensiva a ciertas medidas que se adoptan para apoyar la expulsión de extranjeros en situación ilegal, como los arreglos de reintegración para quienes no presenten un recurso de apelación. Asimismo, el uso de la detención, un instrumento clave mediante el que se trata de establecer la identidad de una persona o proteger a la población, podría considerarse como una «acción u omisión indirecta». El artículo también podría entrar en conflicto con la legislación vigente o que se prevé aprobar que tuviera por finalidad negar el acceso de los migrantes ilegales al empleo, las prestaciones estatales, la vivienda social, los permisos de conducir y los servicios financieros, lo que tiene por objeto desalentar la migración ilegal, promover la salida voluntaria de quienes de otro modo estarían dispuestos a permanecer en el país ilegalmente y velar por que los recursos públicos se asignen de manera justa solo a quienes tienen el derecho legítimo a vivir en el país. Al Reino Unido también le preocupa el hecho de que este proyecto de artículo se oponga directamente a las medidas que está adoptando respecto a las personas que son objeto de una investigación penal cuyos activos han sido congelados a la espera de que concluyan las investigaciones. Además, el Reino Unido establece restricciones a las actividades de algunas personas de alto riesgo, con medidas como el permiso restringido y, con independencia de la condición migratoria, las medidas de investigación y prevención del terrorismo.

2. El Reino Unido sugiere la siguiente enmienda al proyecto de artículo:

«1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta arbitraria de un extranjero.

2. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de acciones u omisiones de dicho Estado por las que ese Estado apoye o tolere actos ilícitos cometidos por sus nacionales u otras personas con la intención de provocar la salida de extranjeros de su territorio.

3. Las acciones u omisiones de un Estado no se considerarán arbitrarias en la medida en que guarden relación con disposiciones establecidas en el derecho interno con miras a defender los intereses legítimos en materia de control de la inmigración o expulsión de

extranjeros que se encuentren presentes en el territorio del Estado.»

REPÚBLICA DE COREA

La definición de expulsión encubierta no es clara y por ende limita en demasía los derechos de un Estado respecto a la expulsión. Se podría aclarar esta disposición mediante una cláusula como la siguiente: «No se considerará expulsión encubierta el caso en que un Estado ejerza su derecho de expulsar a extranjeros de conformidad con su derecho interno y el ejercicio del derecho sea razonable».

Artículo 12. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes

FEDERACIÓN DE RUSIA

1. Subsisten ciertas dudas con respecto al proyecto de artículo 12.

2. Primero, aunque la idea misma en que se funda merece apoyo, no se puede menos que advertir que la evaluación de los objetivos y las intenciones de los Estados puede ser, en la práctica, una tarea muy compleja. Asimismo, en opinión de la Federación de Rusia, bien puede haber situaciones en las cuales los actos realizados por una persona en determinado Estado, tomados en su conjunto, den lugar, con arreglo a la legislación de dicho Estado, a la aplicación de la expulsión y la confiscación como penas separadas. No se justificaría la no aplicación de las disposiciones sobre confiscación únicamente en razón de que la persona también es objeto de expulsión. En tal caso, los extranjeros podrían estar en una posición más privilegiada que los nacionales del Estado, contra los cuales se aplicaría de todos modos la confiscación por los mismos actos.

3. Segundo, parece necesario introducir más matices en la redacción actual del proyecto de artículo 12.

4. Por un lado, la prohibición aquí prevista tal vez debiera comprender solo las acciones por las que se disponga la privación ilícita de los bienes de un extranjero. Este enfoque se refleja en el párrafo 1 del comentario, en el que se señala correctamente que «[e]l proyecto de artículo 12 enuncia la prohibición de las expulsiones confiscatorias, es decir, las que tienen por objetivo privar ilegalmente a un extranjero de sus bienes». Al mismo tiempo, de la redacción actual de ese artículo se desprende que la prohibición de la expulsión es absoluta, es decir, que abarca los casos en los cuales la expulsión y la confiscación sean necesarias en interés de la seguridad nacional o del orden público, cuando la confiscación se refiere a bienes adquiridos ilegalmente, entre otros.

5. Por otro lado, este artículo debe garantizar un adecuado nivel de protección de los derechos de propiedad de extranjeros objeto de expulsión, en la medida en que los términos empleados en este proyecto de artículo: —«confiscación de bienes» [en inglés, «assets»]— plantea algunas cuestiones (dicho sea de paso, en la traducción del proyecto de artículos al ruso se emplea el término «собственность» [«propiedad»], en lugar del término «активы» [bienes, en inglés, «assets»]; con toda

probabilidad, eso es también algo que requiere corrección). Si bien puede entenderse que esa redacción fue tomada del artículo 9 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven¹, no comprende, en sus términos textuales, las acciones del Estado que no estén directamente relacionadas con la confiscación misma, pero de todos modos no lleva a una restricción de determinados derechos de propiedad de un extranjero que es objeto de expulsión.

6. En ese contexto, la Federación de Rusia señala nuevamente a la atención el caso *Diallo*², en cuyo marco Guinea presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra la República Democrática del Congo en conexión con, entre otras cosas, el hecho de que la expulsión violó los derechos del Sr. Diallo a controlar y administrar las empresas comerciales Africom-Zaire y Africontainers-Zaire y, como resultado, causó daños a las compañías y al Sr. Diallo mismo como propietario de ellas. En otras palabras, las acciones de la República Democrática del Congo que eran ilícitas en opinión de Guinea, no estaban directamente asociadas con la «confiscación de bienes» en el sentido del proyecto de artículo 12. Esa pretensión de Guinea fue en definitiva desestimada por la Corte Internacional de Justicia porque determinó que no había razones para afirmar que la expulsión per se hubiese creado impedimentos efectivos para que el Sr. Diallo dirigiera desde el extranjero las compañías que le pertenecían. Al mismo tiempo, tal como lo entiende la Federación de Rusia, se desprende de la lógica de ese fallo que si la expulsión, por alguna razón, hubiese creado tales impedimentos, el asunto habría configurado una violación de las obligaciones internacionales de la República Democrática del Congo.

7. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enunciado más de una vez una posición jurídica compleja en sus sentencias³.

8. Sobre la base de lo que antecede, la Federación de Rusia estima que la redacción definitiva del proyecto de artículo 12 debería lograr un equilibrio entre los intereses del Estado, por un lado, y el interés asociado a la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros objeto de expulsión, por el otro lado. Además, parte del hecho de que el proyecto de artículo 12 debe ser analizado a fondo en conjunción con el proyecto de artículo 30, que prevé garantías para la protección de los bienes del extranjero en el Estado expulsor, incluso sobre la base de que, en un mundo globalizado, el hecho de que un extranjero se encuentre fuera de un Estado no debe considerarse un impedimento para que ejerza sus derechos de propiedad en ese Estado.

¹ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

² *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 639. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 175.

³ Véanse, por ejemplo, los casos *Kopecký c. Eslovaquia*, demanda núm. 44912/98, sentencia de 28 de septiembre de 2004 [Gran Sala], *Recueil des arrêts et décisions 2004-IX*, págs. 172 y 173, párr. 35, y *Slivenko c. Letonia*, sentencia de 9 de octubre de 2003 [Gran Sala], *ibíd.*, 2003-X, pág. 326, párr. 121.

Artículo 13. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición

CANADÁ

El artículo 13 se refiere al uso de la expulsión para «eludir» los procedimientos de extradición. El Canadá está preocupado porque la palabra «eludir» no refleja adecuadamente el propósito indebido o la mala fe implícitos en esta disposición. Es decir, los Estados no pueden utilizar los procedimientos de deportación con el único fin de eludir un procedimiento de extradición en los casos en que no existe otro propósito legítimo respecto de la inmigración. El Canadá habría preferido la siguiente redacción: «Un Estado no recurrirá a la expulsión, a falta de un propósito legítimo respecto de la inmigración, únicamente para evitar la extradición».

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos consideran que este proyecto de artículo adolece de una falta de claridad en cuanto al daño exacto que se pretende evitar, en particular a la luz de la prerrogativa de los Estados de utilizar una serie de mecanismos jurídicos para facilitar el traslado de una persona a otro Estado donde se busca a dicha persona en el marco de una causa penal.

2. En primer lugar, los Estados Unidos, a efectos de analizar la cuestión, suponen que el uso de la expresión «en curso» significa que esa disposición no sería aplicable a situaciones en las que no se haya presentado una solicitud de extradición ni a situaciones en que una solicitud de extradición ya haya sido denegada o resuelta de otro modo. Sin embargo, la Comisión no sustenta la afirmación que formula en el párrafo 1 del comentario en relación con el término «en curso», y los Estados Unidos se preguntan si existe un consenso internacional sobre esta cuestión. Por lo menos, el título del proyecto de artículo debería incluir la palabra «en curso» a fin de reflejar el texto del proyecto de artículo.

3. Una cuestión todavía más importante es la rotunda falta de claridad respecto al comportamiento que la Comisión consideraría como «elusión» de un procedimiento de extradición. Como se indica en el comentario, un Estado podría invocar legítimamente una amplia variedad de fundamentos jurídicos, entre ellos la seguridad nacional o la violación de las leyes de inmigración, para justificar el traslado de una persona buscada por otro Estado en relación con una causa penal. Habida cuenta especialmente del aumento de la actividad delictiva transnacional, los Estados Unidos consideran que sería esencial establecer un significado aceptablemente preciso del término «eludir» a fin de no entorpecer ni impedir la cooperación entre los Estados en esta esfera. En última instancia, toda disposición sobre esta cuestión tendría que ser más clara respecto al daño que tiene por objeto prevenir, y tener en cuenta más plenamente las prácticas de los Estados en esta esfera.

4. Los Estados Unidos sugieren que este proyecto de artículo se reformule tomando en consideración estas cuestiones, o bien que se suprima.

REPÚBLICA CHECA

1. La República Checa desea expresar su preocupación por el proyecto de artículo 13, que se refiere a la prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición. Aunque la República Checa no recurre a dichas prácticas, su posición, sustentada en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que en los casos en que la persona que es objeto de un procedimiento de extradición sea también un inmigrante ilegal, debería corresponder al Estado, como asunto interno, el decidir los medios que empleará para resolver la cuestión relativa a la inmigración ilegal.

2. Además, la República Checa considera que la redacción del artículo 13 es vaga. No está claro qué etapas del procedimiento de extradición abarca la expresión «en curso», dado que el inicio del procedimiento difiere según la legislación de cada Estado. Por lo tanto, puede comenzar en el momento de acoger a un extranjero bajo custodia, en el momento de presentar una solicitud de extradición o, en el sistema jurídico del *common law*, en el momento de otorgar la «autorización para proceder» al respecto. Las diferencias entre los sistemas jurídicos de cada país siguen generando incertidumbre en este sentido.

TERCERA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 14. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

CANADÁ

El proyecto de artículos no puede «enunciar» los derechos humanos, ya que no es un instrumento de derechos humanos. Por lo tanto, el Canadá recomienda la supresión de la frase «incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos» en el artículo 14, párr. 2.

EL SALVADOR

1. El artículo 14, párr. 1, es de gran relevancia dentro del proyecto de artículos, por lo que se propone reforzar su contenido con la enunciación de diversos principios vinculados a la dignidad humana, tales como el principio de humanidad, de legalidad y debido proceso, los cuales deben regir durante todas las etapas de la expulsión —incluida su ejecución— y no solo en la etapa de adopción de la decisión.

2. Por su parte, respecto al párrafo 2, es necesario que su redacción sea lo suficientemente categórica, lo cual no se alcanza con la expresión «tendrá derecho» que ha sido utilizada en esta disposición. Con tal expresión, parece haberse estipulado la concesión de una mera prerrogativa, y no una obligación ya existente e ineludible para todos

los Estados, que consiste en el respeto y garantía de los derechos humanos de toda persona.

3. En este sentido, se propone sustituir la expresión mencionada por una que demuestre mayor obligatoriedad y que refleje el amplio reconocimiento que la centralidad de los derechos humanos ha alcanzado en la actualidad.

4. Se propone la siguiente redacción del artículo 14:

«1. Toda persona extranjera objeto de expulsión será tratada [conforme a los principios de legalidad, debido proceso, humanidad] y con respeto a la dignidad inherente al ser humano durante [todas las etapas] del proceso de expulsión.

2. [Se respetarán todos los derechos humanos de la persona objeto de expulsión], incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.»

ESTADOS UNIDOS

La expresión «objeto de expulsión», empleada en este proyecto de artículo y en la tercera parte, es vaga porque puede abarcar solo a los extranjeros que están realmente en vías de expulsión, o a todos los extranjeros que carecen de la condición de inmigrantes legales o que podrían incluirse por alguna otra razón en un proceso de expulsión. Sobre la base del contexto de esta sección y las versiones anteriores del proyecto de artículos, parece que es el primer sentido el que se contempla; sin embargo, el significado de esta expresión debe aclararse en el comentario.

PAÍSES BAJOS

El párrafo 1 del proyecto de artículo 14 se refiere al respeto de la dignidad inherente a la persona como un derecho humano aparte. Sin embargo, no se define de forma precisa el contenido de ese derecho. El párrafo 2 de este artículo, que exige que se respeten los derechos humanos en general, brindaría una protección suficiente, por lo que el párrafo 1 es redundante. Además, el hecho de que en este proyecto de artículos se incluyan el artículo 14, párr. 1, y el artículo 18 podría inducir incorrectamente a pensar que el primero añade algo. Para los Países Bajos sería inaceptable ampliar aún más el alcance de la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes enunciada en el artículo 18.

REINO UNIDO

1. En esta etapa el Reino Unido no tiene ningún comentario que formular respecto de este proyecto de artículo.

2. No obstante, el Reino Unido ha observado la declaración de la UE y las enmiendas propuestas al artículo 14¹. El Reino Unido alienta activamente la salida voluntaria del extranjero, pero se opone a fijar un plazo para ella. El tiempo que se conceda dependerá de cada caso concreto. Por ejemplo, el Reino Unido ha aprobado normas para no obligar al extranjero a abandonar el país cuando los niños están en el período previo a exámenes importantes.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

Artículo 15. Obligación de no discriminar

CANADÁ

El Canadá recomienda incluir la orientación sexual entre los motivos de discriminación enumerados en el artículo 15.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

Los países nórdicos apoyan plenamente las observaciones de la UE relativas a la inclusión de la orientación sexual en el artículo 15¹.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

EL SALVADOR

1. En vista de que el artículo 15 prevé un derecho humano, resulta erróneo iniciar su redacción con el reconocimiento de un derecho del Estado, puesto que podría conducir a erróneas interpretaciones.

2. Por otra parte, el párrafo 2 debe ser redactado con mayor precisión y de manera vinculante, en tanto ha sido ampliamente reconocido en el derecho internacional que la no discriminación es un principio de *jus cogens* que se aplica a todos los derechos humanos.

3. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en su opinión consultiva *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* que:

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas¹.

4. En atención a las anteriores consideraciones, se propone la siguiente redacción para el artículo 15:

«1. El Estado [no llevará a cabo ninguna expulsión de personas extranjeras por motivos discriminatorios], en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier motivo que no sea admisible en el derecho internacional.

2. [Toda persona objeto de expulsión gozará de sus derechos humanos sin discriminación].»

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 100.

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos entienden que, de conformidad con el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, el presente proyecto de artículos no se refiere a la decisión de un Estado de no admitir, o denegar la entrada, a los extranjeros sobre la base, por ejemplo, de la nacionalidad.

2. En relación con los extranjeros que se encuentran en el territorio de un Estado, los tratados vigentes que se refieren a la expulsión o a la no devolución no justifican dar un alcance tan amplio al proyecto de artículo 15. Si bien el principio general de no discriminación está consagrado en el derecho de los derechos humanos, únicamente resulta aplicable a ciertos tipos de conducta de un Estado, no a todas las conductas de un Estado, y en el comentario no se establece que, con arreglo al derecho internacional en vigor, este principio se aplique en particular a la conducta del Estado con respecto a la expulsión de extranjeros.

3. Además, el proyecto de artículo 15 contradice claramente el proyecto de artículo 3, en virtud del cual se reconoce el derecho amplio de un Estado a expulsar a un extranjero por una serie de motivos. Por ejemplo, podría parecer que el proyecto de artículo 15 prohíbe a un Estado la expulsión de extranjeros enemigos en tiempo de guerra, ya que hacerlo constituiría discriminación por razón de nacionalidad, pese a que el proyecto de artículo 10, párr. 4, parece permitir esa expulsión. En términos más generales, en la legislación y las políticas de inmigración de los Estados Unidos, que consideran se ajustan a criterios similares adoptados por otros Estados, se admite la clasificación en función de la nacionalidad, siempre y cuando exista una base racional para esa clasificación (véase, por ejemplo, *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65, 72-74 (1st Cir. 2006); *Narenji et al v. Civiletti*, 617 F.2d 745,747 (D.C. Cir. 1979).

4. Incluso la prohibición de la discriminación basada en la «posición económica» es problemática. Por ejemplo, con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, algunos motivos de inadmisibilidad contemplados en el Código de los Estados Unidos (U.S.C.), tít. 8, párr. 1182 *a*), como que el extranjero pueda convertirse en una carga para el Estado, exigen al Gobierno tener en cuenta sus activos, recursos y situación financiera al decidir si será admitido en el país. Además, la legislación de los Estados Unidos permite la admisión de empresarios extranjeros como residentes permanentes con carácter «condicional», aunque esos extranjeros podrán ser expulsados por el incumplimiento de los requisitos que impone su condición, como la inversión de determinadas sumas de capital (véase U.S.C., tít. 8, párr. 1186 *b*). La prohibición de discriminación por motivos de «cualquier otra condición» establecida en el artículo 15 es especialmente problemática, habida cuenta de que la decisión de expulsar a un extranjero, la cantidad de diligencias y la variedad de recursos que es posible interponer durante el procedimiento de expulsión dependen en gran medida de, por ejemplo, si el extranjero ha sido admitido en los Estados Unidos o es un residente permanente en situación legal. En los propios proyectos de artículos se discrimina entre extranjeros por su «condición», al reconocerse menos derechos en algunos casos a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado.

5. Por último, especialmente a la luz de la afirmación contenida en el párrafo 2 del comentario según la cual esta disposición se aplica a «la decisión de expulsar o no», este proyecto de artículo presenta el riesgo de socavar gravemente la prerrogativa del Estado, y la necesidad, en vista de la limitación de recursos, de ejercer su discrecionalidad en cuanto a qué expulsiones llevar a cabo o no. En el ejercicio de esa discrecionalidad a menudo se tienen en cuenta uno o más de los factores enumerados en este proyecto de artículo, sobre todo dada la posible amplitud de la expresión «cualquier otra condición».

6. Los Estados Unidos consideran que este proyecto de artículo no se fundamenta en el derecho ni en la práctica internacionales vigentes, no está bien concebido como norma de desarrollo progresivo, y, por lo tanto, debería suprimirse. Si se mantiene, el proyecto de artículo debería centrarse en algún aspecto particular del proceso de expulsión en que sea preciso evitar la discriminación, como en la concesión de los derechos procesales previstos en el proyecto de artículo 26.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos recomiendan incluir específicamente la «orientación sexual» entre los motivos de discriminación enumerados en el proyecto de artículo 15, párr. 1, como ya había propuesto la UE¹. Alternativamente, el comentario de este párrafo debería enfatizar que este aspecto queda abarcado por la discriminación por motivo de «sexo», de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

REINO UNIDO

1. El Reino Unido no está de acuerdo con este artículo.

2. El Reino Unido apoya el objetivo de eliminar la discriminación ilegal, pero considera particularmente preocupante el hecho de que este proyecto de artículo sea contrario a la legislación y la práctica internas en vigor. En la Ley de Igualdad de 2010, anexo 3, párr. 17, del Reino Unido, se permite la discriminación por razón de nacionalidad u origen étnico o nacional en materia de inmigración cuando existe la correspondiente autorización. El Reino Unido tiene que poder dar prioridad a la adopción de medidas coercitivas contra los grupos presentes ilegalmente en el país que planteen una particular amenaza para su sistema de inmigración, en especial destinando recursos de los servicios de inmigración a grupos concretos en diferentes momentos en función de la información o los datos estadísticos disponibles sobre los riesgos para sus controles migratorios.

Artículo 16. Personas vulnerables

CUBA

1. En relación con el artículo 16, deben definirse los conceptos de «niños» y «personas de edad», pues resultan imprecisos y ambiguos teniendo en cuenta que tampoco se define un rango de edades en cada caso a partir del cual pudiera considerarse la vulnerabilidad de dichas personas.

2. Cuba considera que la protección referida a las mujeres embarazadas, como previsto en el referido proyecto de artículo 16, debe extenderse a todas las mujeres y a las niñas, así como abarcar la protección a todo el proceso de expulsión, proponiéndose para el párrafo 1 la formulación siguiente: «Los niños y las niñas, las mujeres, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras vulnerables, objetos de expulsión o en vías de expulsión deberán...». En el caso del párrafo 2 del artículo 16, propone incluir también a las niñas.

EL SALVADOR

1. En el párrafo 1, el término persona «de edad» resulta impreciso en idioma español, pues puede referirse a cualquier edad, es decir a cualquiera de los períodos en que se considera dividida la vida humana. Debido a esta dificultad se propone la utilización del término «adultos mayores» para aclarar el alcance de la disposición en este ámbito.

2. Asimismo, el párrafo 2 posee una redacción confusa al enunciar el interés superior del niño, la cual se deriva de las dificultades de traducción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así pues, El Salvador recomienda utilizar la expresión «se atenderá primordialmente al interés superior del niño» en el párrafo 2 *in fine* de la versión en español.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos garantizan una protección y un cuidado extraordinarios a los menores en los procesos de expulsión, especialmente en el caso de los niños extranjeros no acompañados (véase, por ejemplo, Código de los Estados Unidos, tít. 8, párrs. 1158 a) 2) E), b) 3) C) (asilo), y 1232 (determinación de que se cumplan ciertos criterios, cuidado, y custodia); véase también las Directrices para las Causas Judiciales de Inmigración de Niños Extranjeros no Acompañados¹. Sin embargo, en asuntos relativos a la expulsión, la legislación de los Estados Unidos no obliga a tener en cuenta en primer lugar el «interés superior» del niño. En este sentido, los Estados Unidos proponen que el término «primordial» se sustituya por «significativa», o bien que las palabras «una consideración primordial a que se atenderá será» se reemplacen por «se tendrá debidamente en cuenta».

¹ Estados Unidos, Departamento de Justicia, Executive Office for Immigration Review, Guidelines for Immigration Court Cases Involving Unaccompanied Alien Children (22 de mayo de 2007).

MARRUECOS

El proyecto de artículo 16 enumera los sujetos que integran esta categoría, a saber, los niños, las mujeres embarazadas, las personas de edad y las personas con discapacidad. Pero pese a que, con sentido previsor, extiende esta protección a «otras personas vulnerables» siempre que «sean consideradas como tales», plantea, no obstante, la cuestión de determinar quién puede considerarse persona vulnerable y según qué criterios.

Capítulo II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 17. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

AUSTRIA

Esta disposición parece redundante, habida cuenta de que el deber de proteger la vida del extranjero ya se deriva de las obligaciones relativas a los derechos humanos.

ESTADOS UNIDOS

Habida cuenta de que el proyecto de artículo 17 figura en la tercera parte, capítulo II, los Estados Unidos entienden que este proyecto de artículo se centra en la protección del extranjero que se encuentra en el Estado expulsor, mientras que las cuestiones relacionadas con el trato de los extranjeros en el Estado de destino se abordan en la tercera parte, capítulo III.

REINO UNIDO

En esta etapa el Reino Unido no tiene ningún comentario que formular respecto de este proyecto de artículo. No obstante, el Reino Unido no estaría de acuerdo en ampliar la interpretación de esta disposición, que establecería en esencia el compromiso sin reservas de proporcionar servicios de salud gratuitos a inmigrantes ilegales o la aceptación de que los inmigrantes ilegales con problemas graves de salud puedan invocar su necesidad continua de recibir tratamiento médico para permanecer en el Reino Unido en violación de sus leyes de inmigración.

Artículo 18. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

AUSTRIA

El proyecto de artículo 18 podría llevar a la conclusión de que no se aplican los otros derechos humanos que no se mencionan en esta disposición.

Artículo 19. Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión

ALEMANIA

En el proyecto de artículo 19, párr. 1, apdo. b, se establecen las condiciones de detención de un extranjero objeto de expulsión. En opinión de Alemania, en el comentario se debería establecer en general el requisito de que los extranjeros han de estar detenidos separados de las personas condenadas a penas de privación de libertad sin prescribir medidas concretas a tal efecto. En particular, podría ser difícil en la práctica aplicar el término «sección separada» utilizado en el párrafo 3 del comentario.

AUSTRIA

Debería precisarse mejor la redacción del proyecto de artículo 19, párr. 3, apdo. b, para reflejar la opinión

expresada en el comentario de que la detención es lícita mientras exista la posibilidad razonable de una expulsión, por ejemplo, durante el período en que se examina la nacionalidad del extranjero o se expiden sus documentos de viaje.

BÉLGICA

1. Se solicita que se añadan las palabras «o administrativas» después de «o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales».

2. De hecho, el artículo 7, párrs. 4 y 5, de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en el territorio, la permanencia, el establecimiento y la expulsión de extranjeros prevé que el ministro o su delegado puedan prolongar la detención del extranjero. Una decisión de este tipo puede recurrirse ante la Cámara del Consejo (artículo 72 de la citada ley).

CANADÁ

1. Respecto del artículo 19, al Canadá le preocupa la obligación de que los extranjeros objeto de expulsión estén detenidos separados de los reclusos salvo en «circunstancias excepcionales». Habida cuenta de que la separación de estos dos grupos de detenidos es a veces inviable, el Canadá preferiría que el artículo 19, párr. 1, apdo. *b*, estableciera lo siguiente: «*En la medida de lo posible**, el extranjero objeto de expulsión estará detenido separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad».

2. El Canadá está de acuerdo en que la duración de la detención no debe ser ilimitada ni de duración excesiva. Para una mayor certidumbre, el Canadá sugiere que el artículo 19, párr. 2, apdo. *a*, prohíba la detención «indefinida» en lugar de la de «duración excesiva». Del mismo modo, se debería examinar la detención a intervalos determinados o prescritos, en lugar de limitarla a intervalos «regulares». El Canadá prefiere que en el artículo 19, párr. 3, apdo. *a*, se refleje esta formulación.

3. Por otro lado, el artículo 19, párr. 2, apdo. *b*, no debería otorgar únicamente a los tribunales la facultad de adoptar decisiones relacionadas con la detención. Con arreglo a la legislación canadiense, los funcionarios del Poder Ejecutivo están facultados para ampliar la duración de la detención. Por tanto, esas decisiones no son tomadas exclusivamente por un «tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales». El Canadá propone que el artículo 19, párr. 2, apdo. *b*, incluya «una autoridad judicial o *cuasijudicial** facultada para adoptar decisiones».

CUBA

En relación con el artículo 19, párr. 1, apdo. *b*, se expresa que el extranjero objeto de expulsión, salvo excepciones, estará detenido separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad. En este sentido, Cuba considera que no solo deben estar separados de los condenados, sino también de los que estén reclusos en virtud de una medida cautelar de prisión preventiva por la presunta comisión de hechos delictivos.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Los países nórdicos apoyan los comentarios de la UE¹ sobre el artículo 19.

2. Además, en lo tocante a la separación del extranjero objeto de expulsión de las personas condenadas a penas de privación de libertad, Dinamarca opina que, cuando se expulse por causa de delito a extranjeros que hayan cumplido una condena de privación de libertad, debería ser posible detenerlos en la prisión en la que hayan cumplido su condena.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

EL SALVADOR

1. El Salvador aún observa con gran preocupación que la actual redacción del artículo 19 parece aceptar la detención de la persona objeto de expulsión como regla general, y no como una medida de carácter excepcional, lo cual podría tener el efecto práctico de potenciar actuaciones que violenten los derechos esenciales de las personas, tales como su libertad, integridad y la presunción de inocencia.

2. En este ámbito, es preciso recordar que los tratados internacionales de derechos humanos, así como la legislación interna de la mayoría de Estados establecen la obligación de garantizar a toda persona el goce de su derecho a la libertad¹. En tal sentido es indispensable que el proyecto de artículos aplique esta normativa con miras a evitar toda detención arbitraria de los extranjeros², tanto durante un procedimiento convencional de expulsión, como frente a toda práctica que —potencial o materialmente— amenace al extranjero en su movimiento, lo cual puede suceder, por ejemplo, en salas de tránsito e identificación, centros de detención y centros de internamiento de diversa índole.

3. Al respecto, resulta especialmente esclarecedor el documento *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las*

¹ Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 9, párr. 1, que «[t]odo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta». Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera tal derecho en el ámbito regional, al establecer en su artículo 7: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas».

² En este sentido, véase la observación general núm. 21 (artículo 10) del Comité de Derechos Humanos, párr. 4: «Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición», Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/47/40)*, anexo VI.

*Américas*³ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral.

4. El mencionado documento entiende por privación de libertad:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean estas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: [...] centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas⁴.

5. Por otra parte, El Salvador no encuentra razón alguna por la cual la Comisión decida incluir dentro del proyecto de artículos derechos como la vida, la integridad personal, el derecho a la vida familiar o el derecho de igualdad, mientras que se excluye manifiestamente el reconocimiento de la libertad personal de la persona objeto de expulsión, pese a ser un derecho fundamental dentro de este tipo de procesos.

6. En virtud de lo anterior, se sugiere agregar un apartado en el que se indique expresamente que la libertad debe ser considerada como la regla general y que la detención es una medida de carácter estrictamente excepcional y provisional, tal como se detalla a continuación:

«1. [a) El Estado expulsor respetará y garantizará la libertad personal de la persona objeto de expulsión. La detención únicamente podrá aplicarse atendiendo a los principios de excepcionalidad y provisionalidad.]

b) La detención de una persona extranjera objeto de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

c) [Cuando se detenga provisionalmente a una persona extranjera objeto de expulsión], esta deberá permanecer separada de las personas condenadas a penas privativas de libertad.

2. a) La duración de la detención no será ilimitada. Se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales y [durante un plazo determinado].

3. a) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley. [La persona detenida objeto de expulsión tendrá derecho a solicitar la revisión de la medida de detención en cualquier momento del proceso].

b) Se pondrá fin a la expulsión cuando la expulsión no pueda ejecutarse, salvo que ello se deba a razones imputables a [la persona objeto de expulsión].»

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos consideran que las exigencias que establece el proyecto de artículo 19 son razonables en general, aunque les gustaría proponer algunas modificaciones. Los Estados Unidos se comprometen en líneas generales a mantener detenidas a las personas de forma segura, humana y apropiada cuando su detención sea necesaria por motivos relacionados con su expulsión del país. El Departamento de Seguridad Interior se encarga de gestionar la detención de extranjeros (salvo la de los niños extranjeros no acompañados) que son objeto de expulsión, en particular las condiciones de detención, el acceso a un asesor letrado y la seguridad de las operaciones en sus centros de detención en todo el país. Si en el transcurso del proceso administrativo, se determina que un extranjero ha conculcado las leyes de inmigración de los Estados Unidos y se dicta en su contra una orden de expulsión definitiva, podrá quedar detenido hasta su expulsión, lo que por lo general debería suceder dentro de los 90 días siguientes a la conclusión del proceso administrativo (véase Código de los Estados Unidos (U.S.C.), tít. 8, párr. 1231 a) 1) A), 2). No obstante, la detención de esos extranjeros durante 180 días después de dictarse la orden se presume razonable¹.

2. En el proyecto de artículo 19, párr. 1, apdo. a, se deberían añadir las palabras «si se ordena por este único motivo» al final de la oración para tener en cuenta a los extranjeros objeto de expulsión que se encuentran detenidos simultáneamente por haber cometido un delito.

3. Los Estados Unidos consideran que la redacción del proyecto de artículo 19, párr. 1, apdo. b, es poco clara, es decir, que no precisa si lo que se pretende es evitar que los extranjeros que sean objeto de detención por incumplimiento de la legislación en materia de inmigración sean detenidos en centros penitenciarios, o exigir la separación entre los extranjeros delincuentes y no delincuentes en un centro de detención para inmigrantes. En el comentario se señala que los extranjeros pueden ser detenidos en centros penitenciarios y que los extranjeros no delincuentes que son objeto de expulsión pueden ser detenidos en el mismo centro que los extranjeros delincuentes objeto de expulsión. Debería revisarse esta disposición para adaptarla más específicamente al daño que pretende evitar y dejar claro que los extranjeros detenidos que son objeto de expulsión, ya sean delincuentes o no, podrán ser detenidos en las mismas instalaciones que las personas detenidas por haber violado el derecho penal del Estado.

³ Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131.º período ordinario de sesiones (3 a 14 de marzo de 2008).

⁴ Disposición general.

¹ *Zadvydas v. Davis, United States Reports*, vol. 533 (2001), pág. 701.

4. Con respecto al proyecto de artículo 19, párr. 2, apdo. *b*, no todas las prórrogas de la detención de las personas que han incumplido la legislación en materia de inmigración deben ser decididas por una autoridad judicial, especialmente si son a corto plazo. Según la legislación de los Estados Unidos, por ejemplo, la Oficina Ejecutiva de Examen de Casos de Inmigración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos examina las decisiones sobre la detención en ciertas situaciones. Por ejemplo, en el caso de las personas que no son objeto de detención obligatoria (véase U.S.C., tít. 8, párr. 1226; Código de Normas Federales (C.F.R.), tít. 8, párr. 1003.19). En consecuencia, los Estados Unidos recomiendan cambiar «judiciales» por «tales», o bien que se sustituya la frase «solo podrá ser decidida por» por «deberá estar sujeta al control de». De ser necesario, se podría añadir una nueva oración del siguiente tenor: «La detención prolongada después de haberse decretado la expulsión del extranjero será objeto de control judicial».

5. La legislación de los Estados Unidos permite la detención prolongada de los extranjeros objeto de expulsión en «circunstancias especiales» (por ejemplo, si la persona padeciera una enfermedad muy contagiosa, o en casos de terrorismo u otras amenazas para la seguridad o peligro especial para el público (véase C.F.R., tít. 8, párr. 241.14 y U.S.C., tít. 8, párr. 1226A)). En consecuencia, los Estados Unidos instan a que en el artículo 19, párr. 1, apdo. *b*, se añadan las palabras «en general» antes de «estará detenido», y en el párrafo 2, apdo. *a*, antes de «se circunscribirá»; y que se incorpore al final del párrafo 3, apdo. *b*, la frase «o sea necesario por motivos de seguridad nacional o de orden público».

PAÍSES BAJOS

1. Con respecto al párrafo 1, apdo. *a*, los Países Bajos observan que la detención del extranjero objeto de expulsión no es de carácter punitivo. Sin embargo, en los casos en que han fracasado todas las medidas administrativas (incluida la detención) encaminadas a preparar y ejecutar la expulsión y el extranjero permanece en el territorio de los Países Bajos sin motivos justificados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea permite la adopción de medidas punitivas¹. Las medidas punitivas deben seguir siendo posibles como último recurso para ejercer presión y, como tales, no infringen los derechos humanos, siempre que se apliquen de manera proporcional. En la redacción actual no se tiene suficientemente en cuenta este extremo.

2. En relación con el artículo 19, párr. 2, apdo. *b*, los Países Bajos sugieren añadir «o por una autoridad administrativa, cuya decisión esté supeditada a un control judicial efectivo» a los efectos de este artículo, como propuso también la UE². Esta adición es esencial para los Estados como los Países Bajos, en que la ley de extranjería se circunscribe por completo al ámbito del derecho administrativo.

¹ Asunto C329/11, *Achughbabian*, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 32/12, 4.2.2012.

² Mimeografiado, francés e inglés solamente.

3. Los Países Bajos se oponen al párrafo 3, apdo. *a*, porque es demasiado detallado para aplicarlo en los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes países. Por ejemplo, en los Países Bajos, la detención de los extranjeros se examina después de dictarse la decisión que la ordena y seis meses más tarde, y a solicitud del extranjero. Basta con que el extranjero tenga la posibilidad de que su detención sea examinada periódicamente por un tribunal independiente. Además, a los Países Bajos les preocupa el párrafo 3, apdo. *b*, de esta disposición. La frase «salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión» parece indicar que el período de detención podría durar indefinidamente. También da la impresión de que el extranjero está detenido por haber incumplido una orden para obligarlo a cooperar con la expulsión. Es necesario mejorar la redacción del artículo con miras a garantizar la protección jurídica de los extranjeros.

REINO UNIDO

1. Al Reino Unido le preocupa seriamente este proyecto de artículo y propone introducir modificaciones.

2. El Reino Unido considera aceptable el artículo 19, párr. 1, apdo. *a*, pero no acepta en ninguna medida el apartado *b*. A los extranjeros que han cometido un delito en el país y han cumplido una condena pero al final de ella han de permanecer detenidos en prisión por haber infringido la legislación en materia de inmigración, pese a no ser considerados condenados (sino encontrarse detenidos preventivamente), se les mantiene en los mismos establecimientos penitenciarios que a los reclusos que están cumpliendo una pena. No habrá separación entre las dos categorías dentro de un mismo establecimiento. Lo mismo ocurriría también con los detenidos por incumplimiento de la legislación de inmigración transferidos por razones de seguridad y control a establecimientos penitenciarios desde los centros de expulsión para inmigrantes.

3. Además, el Reino Unido no considera aceptable el artículo 19, párr. 2, apdos. *a* y *b*, en su redacción actual por los siguientes motivos. El Reino Unido no acepta que el derecho internacional imponga que la detención deba autorizarse por un plazo máximo o fijo. El Reino Unido considera también que la prohibición propuesta de toda «detención de duración excesiva» es inaceptablemente vaga. El período de detención sigue estando sujeto a restricciones estrictas en la ley, impuestas principalmente en el *common law* del Reino Unido y el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La práctica en el Reino Unido es mantener la detención mientras haya posibilidades reales de retorno y dentro de un plazo razonable, aunque esto último dependerá de todas las circunstancias del caso, por ejemplo, la amenaza y el riesgo de fuga de la persona de que se trate y, en algunos casos, la solicitud de garantías a otros Estados en cuanto a la situación en que se encontrará esa persona a su regreso. La propuesta de que sea la autoridad judicial quien autorice la prolongación de la detención es inaceptable y contraria a la legislación nacional, que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y se aplica de conformidad con los principios jurídicos establecidos. Lo importante es que la detención administrativa se encuentra autorizada por ley y está sujeta a control judicial.

4. El Reino Unido propone que el proyecto de artículo se modifique de la manera siguiente:

«2) a) La duración de la detención no será arbitraria. Se circunscribirá únicamente al período que sea razonable en todas las circunstancias para la ejecución de la expulsión de conformidad con la ley.

b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer esas funciones de conformidad con la ley, y estará sujeta a control judicial.»

5. El Reino Unido, si bien considera aceptable el artículo 19, párr. 3, apdo. a, estima necesario enmendar el apartado b, para que su redacción se ajuste a lo dispuesto en el artículo 19, párr. 2, apdo. a, como se indica a continuación:

«b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención cuando la expulsión no pueda ejecutarse en un plazo razonable, salvo que el retraso se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.»

REPÚBLICA DE COREA

En virtud de la Ley de control de la inmigración de la República de Corea, la decisión de prolongar el período de la detención corresponde al jefe de las oficinas centrales o locales de inmigración o al jefe de los centros de detención para extranjeros. A este respecto, se debería ampliar el alcance del proyecto de artículo para que entre los responsables autorizados a decidir sobre la expulsión de extranjeros se incluya a esas personas.

Artículo 20. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

AUSTRALIA

Australia observa que una serie de proyectos de artículo se han tomado de instrumentos regionales y no de instrumentos universales. Por ejemplo, para establecer la obligación de respetar el derecho a la vida familiar prevista en el proyecto de artículo 20 se utiliza la formulación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lugar de las «injerencias arbitrarias o ilegales» en la vida familiar del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Australia recomienda que se modifiquen los proyectos de artículos para reflejar mejor los derechos y las obligaciones que figuran en los instrumentos universales, en aras de una mayor claridad del derecho internacional.

CANADÁ

El Canadá respeta la importancia de la unidad familiar consagrada en los compromisos que tiene contraídos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, el «derecho a la vida familiar» enunciado en el artículo 20 exige una aclaración. El Canadá sostiene que un Estado puede expulsar a un extranjero en situaciones que menoscaben el derecho a la protección de la vida familiar. Además,

señala que el derecho no está establecido en esta materia. Debería tenerse cuidado para no restringir excesivamente el derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros. La prohibición de la injerencia en la vida familiar «manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión» toma indebidamente en cuenta el derecho del extranjero. Este artículo debería reflejar el derecho del Estado a expulsar a los extranjeros que sean delincuentes peligrosos o que supongan un grave riesgo para la seguridad pública o nacional.

CUBA

Cuba considera que se debe definir en el artículo 20 del proyecto lo que se entiende por «vida familiar» considerando el impacto que ello tiene para la aplicación del artículo.

EL SALVADOR

1. El párrafo 2 del artículo 20 establece dos condiciones cumulativas para que se considere justificada la interferencia del Estado en el derecho a la vida familiar de la persona objeto de expulsión, estas son: a) que la limitación se encuentre prevista en la ley, y b) que se mantenga un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión.

2. El Salvador se encuentra en desacuerdo con la formulación del segundo requisito, ya que se ha reducido significativamente lo establecido en el convenio que fue utilizado como fundamento para su redacción. Así, es necesario advertir que el artículo 8, párr. 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no se refiere únicamente al equilibrio de intereses entre Estado y extranjero, sino a las exigencias de la sociedad democrática y otros aspectos relevantes, tal como se detalla a continuación:

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

3. Atendiendo al contenido de este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado jurisprudencialmente la validez de la limitación del derecho en virtud de tres requisitos: si la limitación ha sido establecida en la ley, si fue motivada por un fin legítimo y si esta era necesaria de acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática¹.

4. De esta forma, al comparar lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos con la redacción

¹Asunto *Boultif c. Suisse*, sentencia de 2 de agosto de 2001, demanda núm. 54273/00, *Recueil des arrêts et décisions 2001-IX*, pág. 147, párrs. 40 y 41: en esta causa, el demandante, argelino, está casado con una suiza. Por lo tanto, la denegación de la renovación del permiso de residencia del solicitante en Suiza menoscabó el derecho del demandante al respeto de su vida familiar en el sentido del artículo 8, párr. 1 de la Convención. Tal injerencia infringirá el Convenio si no cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 8. Por consiguiente, es necesario determinar si esa injerencia fue «de conformidad con la ley», motivada por uno o más de los fines legítimos establecidos en ese párrafo, y «necesaria en una sociedad democrática».

del proyecto de artículos sobre expulsión, se observa que se ha reducido excesivamente el alcance de este último, respecto a los requisitos que permiten limitar el derecho a la vida familiar.

5. Por otra parte, debe tomarse en consideración que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado exclusivamente el conflicto de intereses en aquellos casos en que la persona objeto de expulsión ha cometido delito, como sucede en las causas *Boughanemi*², *Bouchelkia*³, *Boujlifa*⁴ y *Ezzouhdi*⁵. A lo cual se debe que el Tribunal haya indicado que se debe analizar el tipo y gravedad del delito cometido por el demandante, la duración de la estancia del demandante en el país, el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito, si el cónyuge tenía conocimiento del delito⁶, entre otros.

6. En tal sentido, sería criticable realizar el análisis de ponderación como regla general a todos los extranjeros. Aún más, considerando que la gran mayoría de extranjeros sometidos al procedimiento de expulsión no han cometido delito alguno, es de gran importancia que la Comisión aclare que, en casos de meras violaciones administrativas a la normativa migratoria, sería inadecuado exigir una ponderación entre la vida familiar y la seguridad como interés del Estado, toda vez que tales individuos no representan una amenaza al orden público.

7. En virtud de las anteriores consideraciones, se sugiere replantear la fundamentación de la frase indicada, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, tal como se indica a continuación:

«1. El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar de la persona extranjera objeto de expulsión.

2. El Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar salvo en los casos previstos por la ley y [cuando constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás].»

² *Boughanemi c. France*, sentencia de 24 de abril de 1996, *ibíd.*, 1996-II, pág. 595.

³ *Bouchelkia c. France*, sentencia de 29 de enero de 1997, *ibíd.*, 1997-I, pág. 49.

⁴ *Boujlifa c. France*, sentencia de 21 de octubre de 1997, *ibíd.*

⁵ *Ezzouhdi c. France*, sentencia de 13 de febrero de 2001.

⁶ *Boultif* (nota 1 *supra*), pág. 148, párr. 48.

ESTADOS UNIDOS

1. En principio, los Estados Unidos no consideran que el proyecto de artículo 20 deba incluirse en la tercera parte, capítulo II, dado que el título del capítulo y el contenido de los otros proyectos de artículos que figuran en él hacen referencia al trato de un extranjero objeto de expulsión más que a los motivos de expulsión. Sin embargo, el proyecto de artículo 20, tanto por la forma en que está redactado

como por lo señalado en el comentario, se refiere al derecho a la vida familiar tanto en relación con el trato a un extranjero objeto de expulsión como en relación con los motivos de expulsión. Este doble propósito presenta el riesgo de enturbiar conceptualmente el alcance de los demás proyectos de artículo de la tercera parte, capítulo II, lo que preocupa especialmente a los Estados Unidos con respecto al proyecto de artículo 17, como se ha observado con anterioridad. Por consiguiente, sería más apropiado que el proyecto de artículo 20 figurara después del proyecto de artículo 15 en la tercera parte, capítulo I.

2. En cuanto al fondo de la cuestión, los lazos familiares de un extranjero dentro y fuera de los Estados Unidos son un factor que nuestro país tiene habitualmente en cuenta para determinar si un extranjero cumple los requisitos necesarios para solicitar que se le permita permanecer en el país (véase Código de los Estados Unidos, tít. 8, párrs. 1158 (asilo), 1229b (anulación de la expulsión), 1182 h) (exención de la inadmisibilidad) y 1255 (modificación de la condición de inmigrante a la de residente permanente legal). Las autoridades de inmigración de los Estados Unidos también suelen tomar debidamente en consideración la vida familiar al ejercer su discrecionalidad en cada caso. Sin embargo, la consideración de la unidad de la familia no siempre prevalece sobre otros factores en un caso determinado. Por ejemplo, los Estados Unidos pueden expulsar a un extranjero que cometa un delito grave en el país independientemente de sus lazos familiares (véase, por ejemplo, *Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007); y *Guaylupo-Moya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2^d Cir. 2005).

3. Del proyecto de artículo 20, párr. 1, se desprende que el derecho a la vida familiar es absoluto en el contexto de una expulsión, de modo que constituye el factor primordial. Sin embargo, del párrafo 1 del comentario relativo al proyecto de artículo 20 surge que el apoyo a este derecho en la legislación y la jurisprudencia de los Estados no es tan absoluto y que estas, en cambio, solo se limitan a reconocer «la necesidad de tener en cuenta las consideraciones familiares como posible factor restrictivo de la expulsión de extranjeros». Por consiguiente, el proyecto de artículo 20, párr. 1, debería ajustarse a la legislación y la jurisprudencia indicadas en el comentario, con la sustitución de «respetará» por «tomará debidamente en consideración».

4. Del mismo modo, el proyecto de artículo 20, párr. 2, debería suprimirse, dado que simplemente se limita sobre todo a reafirmar el principio general enunciado en el proyecto de artículo 20, párr. 1, aunque de forma más específica, introduciendo un principio de «justo equilibrio» que no está suficientemente fundamentado en la legislación y la práctica vigentes, ni es deseable como cuestión de desarrollo progresivo. Una vez más, la legislación en materia de inmigración de los Estados Unidos prevé la consideración de los lazos familiares en muchas circunstancias, pero no exige que un tribunal u otro órgano decisorio «establezca un equilibrio» entre esos lazos y los intereses del Estado. En especial si se modifica el proyecto de artículo 20, párr. 1, como proponen los Estados Unidos, quedarían suficientemente reflejados los criterios aplicables en esta materia, con lo que el proyecto de artículo 20, párr. 2, sería superfluo.

REPÚBLICA DE COREA

En este artículo las definiciones de «familia» y «derecho a la vida familiar» no están claras, lo que podría invalidar la decisión de un Estado de expulsar. Por lo tanto, sería preferible incluir definiciones de estos términos.

Capítulo III**PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO****Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino**

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Los países nórdicos consideran que el retorno voluntario es preferible al traslado forzoso, y consiguientemente debe ser promovido y facilitado. Al mismo tiempo, es importante reservar la posibilidad de hacer cumplir por la fuerza la obligación de retornar, si se considera necesario.

2. Véase también el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

ESTADOS UNIDOS

El proyecto de artículo 21, párr. 1, dispone que «[e]l Estado expulsor adoptará las medidas *apropiadas** para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión». La normativa jurídica de los Estados Unidos contempla medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria de los extranjeros en los procedimientos de expulsión administrativa (véase, por ejemplo, Código de los Estados Unidos, tít. 8, párrs. 1225 a) 4) (permiso para retirar la solicitud de admisión) y 1229c (salida voluntaria). Sin embargo, los Estados Unidos interpretan la frase «medidas apropiadas» de forma tal que permita la existencia de limitaciones razonables a la disponibilidad de medidas discrecionales. Vale decir que en determinadas circunstancias la salida voluntaria no es apropiada y las medidas de expulsión deben ejecutarse a la fuerza, tal como se reconoce en el proyecto de artículo 21, párr. 2.

PAÍSES BAJOS

1. Los Países Bajos apoyan la idea de alentar la salida voluntaria. Por ende, se propone sustituir el párrafo 3 del artículo 21 por el siguiente:

«Cuando no existan motivos para creer que pueda obrar en perjuicio del propósito de un procedimiento de expulsión, debe preferirse la salida voluntaria antes que el retorno forzoso y concederse un plazo razonable para la salida voluntaria.»

2. Esta propuesta de enmienda se ajusta a la primera parte de la propuesta de la UE¹. Es importante que en algunos casos se mantenga abierta la posibilidad de no fijar un plazo máximo para la salida, por ejemplo cuando no se ha respetado un plazo anterior.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

REINO UNIDO

El proyecto de artículo suscita importantes inquietudes para el Reino Unido. La aprobación de los términos de este artículo comprometería gravemente la manera de proceder del Reino Unido respecto a las personas de alto riesgo. En determinados casos, por ejemplo aquellas que representan una amenaza para la seguridad nacional, el Reino Unido desearía mantener la flexibilidad de ejecutar la expulsión con las restricciones que esta impone, a fin de asegurarse de que dichas personas no puedan volver legalmente al Reino Unido. Esta flexibilidad se perdería si se le obligara a facilitar la salida voluntaria. El Reino Unido no considera que en el derecho internacional vigente exista un fundamento sólido para este proyecto de artículo, y por lo tanto no apoya una propuesta de desarrollo progresivo a este respecto.

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

AUSTRIA

Austria no tiene objeción alguna respecto a la redacción de este artículo. Sin embargo, en el comentario se debe aclarar que el párrafo 2 no establece una obligación jurídica de admitir a un extranjero. Dicha obligación solo se podría establecer por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales.

CUBA

En el artículo 22 se hace referencia a una lista de posibilidades para el destino del extranjero expulsado, pero se hace alusión en el párrafo 2 a que «podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia», cuestión que resulta innecesaria regularla en dicho párrafo, ya que queda comprendida en el párrafo 1 cuando menciona a «cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o [...] del interesado», pues aunque un Estado haya expedido un permiso de entrada o estancia a un extranjero en su territorio, no está en la obligación de aceptarlo nuevamente si alega razones de orden público o seguridad nacional.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

Véase el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos consideran que el proyecto de artículo 22, párr. 1, centra correctamente su atención en el Estado de la nacionalidad como primer país de destino, o de forma alternativa en otro Estado dispuesto a acoger al extranjero, incluso a petición del extranjero afectado. Sin embargo, al referirse a otras opciones, en el proyecto de artículo 22, párr. 2, no se reconoce la posibilidad de expulsar a un extranjero al Estado de su último lugar de residencia, o al Estado donde nació. Dichas posibilidades se contemplan en el comentario relativo al proyecto de artículo 22, párr. 2, y en las leyes de numerosos Estados (véase, por ejemplo, Código de los Estados Unidos (U.S.C.), tít. 8, párr. 1231 b) 2) E)), pero no figuran en el

texto del proyecto de artículo 22, párr. 2. Por otra parte, en función de las circunstancias, el extranjero podrá tener vínculos familiares o económicos más estrechos con un Estado que con otros, o podrá enfrentar mayores dificultades para trasladarse a un Estado que a otros, y el Estado expulsor ha de tener la discreción en cada caso de tomar en cuenta dichos factores. Por ende, el proyecto de artículo 22, párr. 2, debe modificarse para que diga:

«Un extranjero podrá también ser expulsado a todo Estado donde tenga el derecho de entrada o de estancia, donde residía o donde nació o, en su caso, al Estado desde el que entró al Estado expulsor.»

2. Además, en este contexto resulta importante limitar la capacidad de los Estados sucesores de prohibir el regreso de los extranjeros nacidos en Estados que ya no existen, o en territorios sobre los cuales ha cambiado la soberanía desde que saliera el extranjero. La legislación de los Estados Unidos en materia de inmigración toma en cuenta esas eventualidades y permite la expulsión al «país que ejercía soberanía en el lugar de nacimiento del extranjero cuando este nació» o al «país en que se encuentra el lugar de nacimiento del extranjero cuando se ordena su expulsión» (véase U.S.C., tít. 8, párr. 1231 *b*) 2) E) v) y vi). Los Estados Unidos proponen insertar en el texto del proyecto de artículo 22 una frase a esos efectos, o de aclarar en el comentario que el proyecto de artículo se aplica a esas eventualidades.

3. Por último, en el comentario correspondiente al proyecto de artículo 22 se debe señalar que un Estado expulsor retiene el derecho de denegar la solicitud de un extranjero de ser expulsado a un Estado en particular, cuando el Estado expulsor decide que mandar al extranjero al Estado designado resulta perjudicial para los intereses del Estado expulsor. Este importante principio aparece codificado en la legislación de los Estados Unidos en materia de inmigración (véase U.S.C., tít. 8, párr. 1231 *b*) 2) C) iv).

PAÍSES BAJOS

En este proyecto de artículo se hace hincapié en los derechos del extranjero que emprende el regreso (ya sea de forma voluntaria o por la fuerza) y en las obligaciones del Estado expulsor. Sin embargo, también es importante que los Estados receptores admitan a ese extranjero. Tal como propone la UE¹, los Países Bajos sugieren añadir las palabras «y será readmitido por» al párrafo 1 del artículo 22. También se podría estudiar la posibilidad de añadir otro artículo referente a las obligaciones que incumben a los Estados receptores en materia de readmisión.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas

AUSTRALIA

El proyecto del artículo 23 en su redacción actual amplía la obligación de no devolución contemplada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a toda

persona cuya vida o libertad se vean amenazadas por un motivo no admitido, aunque no se trate de refugiados en el sentido dado al término por dicha convención, y también extiende las obligaciones de no devolución vigente con arreglo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Australia toma conocimiento de la explicación de la Comisión en el párrafo 2 del comentario de que consideraba que «no hay ninguna razón válida para que la lista de motivos de discriminación que figura en el proyecto de artículo 23 sea más breve que la del proyecto de artículo 15». Teniendo en cuenta que los contextos relativos a estos dos proyectos de artículos son en la práctica muy diferentes (en concreto, la no devolución y la discriminación son dos conceptos distintos en el derecho internacional), Australia considera que sería útil que la Comisión aclarara aún más estas cuestiones.

CANADÁ

1. El artículo 23, párr. 1, impediría la expulsión de un extranjero a un Estado donde su libertad estaría amenazada. El Canadá interpreta de forma diferente el alcance actual del derecho internacional. Los Estados pueden expulsar a un extranjero a un Estado donde aquel podría quedar detenido. Por su parte, los Estados partes en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no pueden expulsar a un refugiado a un Estado donde aquel pueda ser objeto de acción penal por algunos de los motivos enumerados en dicha Convención. En términos más generales, los Estados no pueden expulsar a un extranjero a un Estado donde él corra el riesgo personal, real y previsible de ser sometido a torturas o a otras violaciones graves de los derechos humanos. Un Estado que aplica la pena de muerte puede expulsar a un extranjero a un Estado que también aplique la pena de muerte.

2. Véase también el comentario correspondiente al artículo 6.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Los países nórdicos apoyan el comentario de la UE¹ sobre el párrafo 2 del artículo 23 y opinan asimismo que en el párrafo 1 del artículo 23 se debe incluir a la orientación sexual, en consonancia con la sugerencia de incluir a la orientación sexual en el artículo 15.

2. Además, el párrafo 1 del artículo 23 debe armonizarse mejor con el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a fin de excluir a los casos en que, por ejemplo, existe una amenaza contra la libertad de una persona en razón de que se ha cometido un delito (que no esté relacionado con los motivos de persecución previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

ESTADOS UNIDOS

1. El proyecto de artículo 23 pretende reconocer lo que constituiría una espectacular ampliación de las

disposiciones de no devolución en los tratados vigentes de derechos humanos, de forma tal que se eliminaría la redacción cuidadosamente elaborada por los Estados respecto a esos regímenes. Por ende, este proyecto de artículo debería suprimirse o al menos modificarse significativamente.

2. Según el párrafo 1 del comentario, el proyecto de artículo 23, párr. 1, pretende «ajustarse al tenor del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en que se establece la no devolución». Sin embargo, el proyecto de artículo 23, párr. 1, se aparta drásticamente del texto del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, así como de la práctica constante y ampliamente aceptada de los Estados en relación con el artículo 33 a lo largo de los últimos 60 años.

3. El artículo 33, párr. 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la expulsión de un refugiado a un lugar donde «su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas». Por su parte, el proyecto de artículo 23, párr. 1, ampliaría la disposición a fin de impedir la expulsión en los casos en que la vida o la libertad se encuentren amenazadas por *cualquier* motivo, como por ejemplo las categorías adicionales de color, sexo, idioma, opinión de índole no política, origen étnico o social, propiedades, nacimiento u otras condiciones, o cualquier otro motivo no admisible con arreglo al derecho internacional. Por otra parte, la categoría de «pertenencia a determinado grupo social» tampoco se incluyó expresamente; en la medida que con «origen [...] social» se pretende sustituir ese criterio, está claro que no tiene el mismo significado.

4. El comentario no justifica dichos cambios en ningún fundamento derivado de la normativa nacional, la jurisprudencia nacional, la jurisprudencia internacional o el derecho de los tratados. De hecho, la mayoría de las leyes nacionales en materia de expulsión, deportación o devolución se centran en cinco grupos enumerados de personas que temen ser objeto de una acción penal, o que han sido objeto de una acción penal, en concreto por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opinión política (véase, por ejemplo, Código de los Estados Unidos, tít. 8, párrs. 1101 *a*) 42) A), 1158 *b*) 1) A), 1231 *b*) 3) A)). La única explicación que se da en el comentario es que en el artículo 2, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos figuran dichas categorías, lo que implica que el artículo 2, párr. 1, se aplica a las obligaciones de un Estado en virtud del artículo 13 del Pacto en lo que respecta a la expulsión. Sin embargo, si bien dichos principios de no discriminación pueden resultar relevantes respecto al tratamiento de los extranjeros en el territorio de un Estado y a los derechos acordados a los extranjeros durante el procedimiento de expulsión, no todos tendrían relevancia a la hora de determinar si las obligaciones de no devolución impedirían la expulsión.

5. Otra diferencia importante con la práctica constante y ampliamente aceptada de los Estados tiene que ver con la incorporación selectiva de disposiciones relativas a la no devolución en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El proyecto de artículo 23, párr. 1, no se

«ajusta» al contenido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ya que no incorpora la sustancia del artículo 33, párr. 2, que dice lo siguiente:

Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

6. Por otra parte, el proyecto de artículo no toma en consideración los motivos de exclusión enunciados en el artículo 1, párr. F, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El comentario no explica por qué deben suprimirse esas disposiciones, que han formado parte de la práctica de los Estados en el ámbito del derecho de los refugiados durante los últimos 60 años.

7. Los Estados Unidos recomiendan que se suprima el proyecto de artículo 23, párr. 1, o de lo contrario que se le dé una nueva redacción que se ajuste al texto del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

8. Preocupa también a los Estados Unidos la cuestión relativa al proyecto de artículo 23, párr. 2, en el cual se reconocería otra importante obligación de no devolución que no existe actualmente en el derecho internacional. El comentario no establece de forma suficiente que el principio fundamental que sirve de base a esta disposición se sustente en la jurisprudencia y en la práctica de los Estados vigentes, citándose tan solo una única decisión del Comité de Derechos Humanos relativa a una comunicación individual. Existen razones de principio para poner en tela de juicio la conclusión del Comité de que un Estado que de forma voluntaria ha abolido la pena de muerte sin estar obligado a hacerlo con arreglo al derecho internacional asume sin embargo la obligación penal internacional de no expulsar a un extranjero a un Estado que ha condenado legalmente a muerte a ese extranjero. Por otra parte, como admite el comentario, el proyecto de artículo 23, párr. 2, va incluso más allá de ese limitado precedente, ya que: *a*) amplía este principio a los Estados que ni siquiera han abolido formalmente la pena de muerte, y *b*) amplía la obligación de no devolución a circunstancias en las cuales la persona aún no ha sido condenada a muerte. Con estas ampliaciones solo se consigue debilitar más el fundamento del proyecto de artículo 23, párr. 2, en lo que se refiere a la ley o a los principios.

9. Si bien esta disposición no restringiría el derecho, la prerrogativa o la facultad de expulsar a extranjeros de su territorio, a los Estados Unidos les preocupa gravemente el impacto negativo que la restricción propuesta podría tener sobre la cooperación internacional en materia de aplicación del derecho y de la justicia penal.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos aceptan la posibilidad de permitir llevar a cabo la expulsión cuando se han dado garantías diplomáticas de que no se ejecutará la pena de muerte. Además, a este respecto los Países Bajos se muestran a favor de las adiciones de la UE¹ al proyecto de artículo.

¹ Mimeoografiado, francés e inglés solamente.

REINO UNIDO

1. El Reino Unido considera problemático el artículo 23, párr. 1. El texto actual se basa mayormente en el artículo 33, párr. 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que protege a los que tienen el estatuto de refugiados, pero se aplica a todos los extranjeros, por lo que constituiría un avance. El Reino Unido estima que convendría que el proyecto de artículo fuera más claro en cuanto al nivel de amenaza que impediría la expulsión, y sugiere que se consideren separadamente el riesgo a la vida y el riesgo a la libertad.

2. El Reino Unido propone la siguiente enmienda al texto del artículo 23, párr. 1:

«Ningún extranjero podrá ser expulsado a un Estado en el que su vida corra un riesgo real, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.»

REPÚBLICA DE COREA

1. Los refugiados son las personas que deben recibir una protección especial de la comunidad internacional debido a su estatuto de tales. Pese a esta necesidad de una protección especial, el artículo 23 concede una protección mayor a los extranjeros que no son refugiados que la que prevé el proyecto de artículo 6, párr. 3. El artículo 23, párr. 1, debería por ende incluir la misma reserva que el artículo 6, párr. 3, que presenta la siguiente redacción:

a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.

2. Véase también el comentario formulado en los comentarios generales.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

AUSTRIA

El texto de esta disposición difiere del proyecto de artículo 6 ya que, a diferencia de este último, exige «razones fundadas para creer». Austria se pregunta si esta diferencia obedece a algún motivo.

CANADÁ

1. El Canadá reconoce la obligación, enunciada en el proyecto de artículo 24, de no expulsar a un extranjero que corra el riesgo real de ser sometido a torturas, ya que esta disposición está contemplada igualmente en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Sin embargo, el Canadá no está de acuerdo en que se amplíe el campo de aplicación del artículo 24, y en particular que incluyan los tratamientos «degradantes». El empleo de este término

constituye una interpretación demasiado amplia de la obligación de no devolución implícita en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No capta en su esencia el principio de no devolución, que consiste en la obligación de no expulsar a una persona que corre el riesgo de ser sometida a graves violaciones de los derechos humanos, como la tortura.

2. Véase también el comentario relativo al artículo 6.

CUBA

Cuba considera que en el caso del artículo 24, es necesario incorporar la obligación de demostrar el «riesgo real», ya que es insuficiente, y podría ser objeto de interpretaciones subjetivas, la expresión «cuando haya razones fundadas», como se estipula en el proyecto de artículo.

ESTADOS UNIDOS

1. Los Estados Unidos no se oponen al aspecto del proyecto de artículo 24 relativo a la tortura en la medida que este asume la obligación de no devolución contemplada en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 3 de la Convención contra la Tortura dispone que ningún Estado procederá a la expulsión de una persona «a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Los Estados Unidos entienden que esta frase significa «si es más probable que improbable» que se torture a esa persona.

2. Sin embargo, con el proyecto de artículo 24 se pretende ampliar la obligación de no devolución prevista en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de manera de impedir la expulsión de extranjeros en peligro de ser sometidos a «tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Esta ampliación se justifica principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en una recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Estos ejemplos y algunos casos aislados de práctica de los Estados no constituyen un fundamento suficiente para presentar a este proyecto de artículo como codificación del derecho vigente, sino que muestran claramente que el proyecto de artículo supone un esfuerzo en pro del desarrollo progresivo.

3. Una cuestión de fondo que no se aborda en el comentario es la de saber por qué esta nueva obligación de no devolución no debería permitir ni excepciones ni limitaciones. La obligación de no devolución consagrada en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no autoriza dichas excepciones, lo que se ajusta a la prohibición imperativa contra la tortura. Sin embargo, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no se consideran actos de tortura y no se tratan de la misma manera en la Convención contra la Tortura. Aun así, ni el proyecto de artículo ni el comentario determinan si una obligación de no devolución respecto a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes debe autorizar excepciones ligadas, por ejemplo, a cuestiones de seguridad nacional o de criminalidad, tal como sucede en el caso de la obligación de no devolución en la Convención sobre el Estatuto

de los Refugiados. Como se indica en el memorando de la Secretaría, en los casos en que los Estados han adoptado una legislación nacional que protege a los extranjeros contra la expulsión a países donde correrían el riesgo de ser sometidos a malos tratos, dicha legislación suele contener excepciones, por ejemplo si el extranjero ha cometido determinados tipos de infracciones penales, amenaza los intereses del Estado expulsor o su orden público y seguridad nacional, o ha violado el derecho internacional¹.

4. El reconocimiento de una obligación incondicional de no devolución relativa a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes suscitara nuevas cuestiones que no han sido examinadas ni abordadas en el comentario. Por ejemplo, la incertidumbre relativa a qué acciones comprende la categoría de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes complica los esfuerzos de los Estados por cumplir eficazmente la obligación de no devolución. Una obligación incondicional de no devolución relativa a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podría utilizarse en apoyo de los argumentos contra la expulsión de un extranjero a un determinado país en función de la situación que impera allí, como por ejemplo las malas condiciones de detención. Además, si bien la tortura tal como se la define en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes conlleva necesariamente una acción del Estado, no sucede así con los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, los Estados que pretendan cumplir dicha obligación deberían tener en cuenta la posibilidad de que en el país al cual se envía a la persona, otra persona, independientemente de su vínculo con el Estado, pueda realizar acciones en contra de la primera que puedan considerarse tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

5. Los Estados Unidos consideran que esta nueva obligación de no devolución relativa a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes debe ser examinada cuidadosa y exhaustivamente antes de ser aceptada como regla del derecho internacional de aplicación general. Por ende, los Estados Unidos recomiendan suprimir esta disposición, o de lo contrario modificarla para que se ajuste al texto del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹ *Anuario...* 2006, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/565, párr. 574.

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario en los comentarios generales.

CUARTA PARTE

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

AUSTRALIA

El proyecto de artículo 26 concede una serie de derechos procesales a extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado parte desde hace más de seis meses. Algunos de esos derechos procesales

carecen de fundamento en el derecho internacional y amplían significativamente la obligación derivada del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imponiendo una pesada carga a los Estados de recepción, en particular a los países en desarrollo y a los países menos adelantados. El enfoque seguido por los proyectos de artículos en este contexto se aparta asimismo de la distinción existente en el derecho internacional entre personas que están legalmente en el territorio de un Estado y aquellas que están allí de forma ilegal.

AUSTRIA

1. Por lo que se refiere al párrafo 1, apdo. *f*, la asistencia de un intérprete a título gratuito tendría importantes consecuencias presupuestarias. Este apartado debería suprimirse. El párrafo 3, que versa sobre la asistencia consular a extranjeros objeto de expulsión y se ajusta al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, debe analizarse a la luz de esta última disposición, de acuerdo con la interpretación que de la misma hace la Corte Internacional de Justicia. Lamentablemente, la importante aclaración que hace la Corte de que en el artículo 36, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena la obligación del Estado que procede a la detención de informar a la oficina consular a solicitud del detenido y de informar al detenido acerca de su derecho a ese respecto, se enuncia solamente en el párrafo 10 del comentario, pero aún no en el propio proyecto de artículo.

2. Con respecto al párrafo 4, el plazo de seis meses contemplado es demasiado breve para ocuparse de determinados casos difíciles, por lo que debe ser prorrogado.

BÉLGICA

Se pide incorporar al comentario las precisiones siguientes: se insiste en el hecho de que por derecho a ser escuchado se entiende el hecho de poder hacer valer sus argumentos durante un procedimiento escrito u oral anterior o posterior a la toma de decisión.

CANADÁ

El Canadá toma nota de la propuesta, que figura en el artículo 26, párr. 4, de limitar ciertos derechos procesales a los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado hace menos de seis meses. El Canadá no tiene constancia de que en el derecho internacional haya fundamento alguno que sustente dicha limitación temporal.

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

1. Los países nórdicos también comparten la opinión expresada por la UE¹ de que el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión debería llevar a que se dispusiera del derecho a recibir la decisión por escrito y del derecho a recibir información sobre los recursos jurídicos disponibles.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

2. En lo tocante a la limitación enunciada en el párrafo 4, que permite a los Estados excluir del alcance de los derechos procesales a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace menos de seis meses, los países nórdicos opinan que esto crea el riesgo de socavar los estándares mínimos enunciados en el proyecto de artículos. Por consiguiente, apoyan la redacción sugerida por la UE.

3. Además, los países nórdicos desean aclarar que el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente no debe entrañar la obligación de los Estados de proporcionar asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros objeto expulsión.

4. Véase también el comentario hecho *supra* en relación con el artículo 6.

EL SALVADOR

1. El artículo 26 es esencial dentro del proyecto de artículos ya que las garantías procesales constituyen el núcleo medular de todo procedimiento penal o administrativo de expulsión, independiente del estatus migratorio de la persona.

2. Esto se debe a que las garantías en su conjunto son reconocidas como aquellos vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos y, más en general, de los principios axiológicos sancionados por las normas. En tal sentido, las garantías no están vinculadas al mero legalismo o formalismo sino a la tutela de los derechos fundamentales —vida, libertad, integridad, igualdad, entre otros— los cuales representan los valores que fundan y justifican la existencia del Estado, y cuyo disfrute, por parte de todos, constituye la base sustancial de la democracia.

3. En relación con el contenido del artículo 26, El Salvador observa con preocupación que, pese a que se reconocen un conjunto importante de garantías de las que deben gozar los extranjeros objeto de expulsión, aún permanece en el párrafo 4 una referencia a la aplicación de otro tipo de legislación «relativa a la expulsión de extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio desde hace menos de seis meses».

4. Esto resultaría contrario al derecho internacional de los derechos humanos, en tanto vuelve nugatorio el listado de garantías previsto en el artículo, y permitiría excluir de su aplicación a los extranjeros en condición migratoria irregular que tuviesen menos de seis meses de haber entrado en el territorio de un Estado.

5. Para El Salvador las observaciones realizadas por la Comisión a este párrafo, en el párrafo 11 de su comentario, también son especialmente criticables pues se ha afirmado que: «aunque algunos miembros estimaban que existe un núcleo duro en derechos procesales que deben ser reconocidos sin excepción a todos los extranjeros, la Comisión prefirió hacer muestra de realismo en esta materia». Tal afirmación, es inadmisibles puesto que la labor de la Comisión debe dirigirse a la codificación y desarrollo

progresivo del derecho internacional¹ y no a la justificación, ni legitimación de una «realidad» que resulta contraria al derecho internacional de los derechos humanos.

6. En efecto, también resulta erróneo que la Comisión estime como parte del «desarrollo progresivo»² el reconocimiento de derechos procesales a los extranjeros en condición migratoria irregular, pues tales derechos ya han sido reconocidos a toda persona sin distinciones de nacionalidad en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

7. Por ello, El Salvador considera viable el establecimiento expreso de garantías procesales para todos los extranjeros que se encuentran en situación irregular desde una mera función de codificación, toda vez que sean integradas al proyecto de artículos las garantías procesales ya reconocidas por los instrumentos universales y regionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que no hacen distinción alguna al respecto.

8. En este ámbito, es esencial que las garantías no se consideren privilegios concedidos por el Estado, ya que estas se derivan directamente de la dignidad humana, y no deben ser otorgadas en atención a criterios discriminatorios, en tanto el derecho a la igualdad —en su expresión como igualdad ante la ley— constituye un principio básico y general para todos los Estados que no es susceptible de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia.

9. Por otra parte, optar por un plazo de seis meses, como punto de referencia para conceder ciertas garantías procesales, no solo sería ilegítimo por las razones antes expresadas, sino que además resultaría de difícil comprobación en cada caso concreto. Aún más, los extranjeros que se encuentran en situación irregular podrían estar sometidos, en los primeros seis meses, a una expulsión constituida por una amplia discrecionalidad estatal con la correspondiente indefensión del individuo y alejada del cumplimiento de las exigencias mínimas del Estado de derecho.

10. Asimismo, aceptar este plazo de seis meses también violentaría el artículo 19 del proyecto de artículos que prohíbe toda detención de duración excesiva. En efecto, en los casos en que se proceda a la detención de un extranjero, un plazo de seis meses de detención sin garantías resulta excesivo y evidentemente discriminatorio, sobre todo frente a plazos de detención más cortos para nacionales que han cometido delitos.

11. En el caso de El Salvador, por ejemplo el artículo 14 de la Constitución de la República³ establece que

¹ Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, art. 1, párr. 1: «La Comisión de Derecho Internacional tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación».

² *Ibid.*, art. 15: «En los artículos siguientes la expresión “desarrollo progresivo del derecho internacional” es utilizada, por comodidad para designar 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».

³ Decreto núm. 38, *Diario Oficial*, vol. 281, núm. 234, 16 de diciembre de 1983, págs. 1 a 26.

[c]orresponde únicamente al órgano judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.

12. Así, la Constitución únicamente acepta un plazo de detención de cinco días, lo cual aplica en los casos de expulsión⁴ y cuyo incumplimiento permite que, en todo momento, el extranjero pueda utilizar los recursos y procedimientos⁵ necesarios para salvaguardar sus derechos. Por ello, si se le compara con la normativa interna aludida, el proyecto de artículos permitiría la detención por 170 días más de personas que han ingresado irregularmente al territorio, sin posibilidad de garantías, lo cual resulta altamente desproporcionado.

13. Finalmente, El Salvador considera erróneo que se establezca una cláusula de salvaguarda respecto a áreas no reguladas a nivel internacional. Es decir, si no existe una normativa igualitaria para la comunidad internacional en relación con el plazo de seis meses a la que se remita la cláusula de salvaguarda, se corre el riesgo de permitir la absoluta discrecionalidad de cada Estado en esta materia.

14. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, El Salvador reitera que el estándar de garantías procesales a ser incluido en el proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, debe ser el internacionalmente reconocido⁶ al margen de la práctica de ciertos Estados cuyos procedimientos de expulsión —o ausencia de procedimientos— supone el incumplimiento reiterado de sus

⁴ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en su jurisprudencia que: «debe dejarse en claro que las autoridades administrativas pueden seguir el trámite legal correspondiente para arrestar a un extranjero cuyo ingreso al país sea ilícito; asimismo, pueden expulsarlo por tales motivos, pero en ningún caso han de suponer que el desarrollo de un trámite de expulsión habilita el arresto del infractor a efecto de asegurar el éxito de dicha expulsión, por un término mayor a cinco días; pues de hacerlo, se viola la Constitución —art. 14—» (Proceso de *Habeas Corpus*, núm. 19-2008, 14 de mayo de 2009.)

⁵ Respecto a los procesos constitucionales, la Constitución establece, en su artículo 11, segundo párrafo: «La persona tiene derecho al *habeas corpus* cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el *habeas corpus* cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas». El artículo 247 estipula: «Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución».

⁶ Ya la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula en su artículo 10 que «[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal»; y en su artículo 8, que «[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

Estas disposiciones deben interpretarse, además, a luz del artículo 2 de la Declaración según el cual «[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en [la] Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en su artículo 3 que «[l]os Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

obligaciones en materia de derechos humanos. Por lo cual se recomienda eliminar el párrafo 4 del proyecto de artículo 26, y modificar el encabezamiento del párrafo 1 para que diga:

«1. La persona extranjera objeto de expulsión goza de los siguientes derechos procesales:»

ESTADOS UNIDOS

1. Si bien los Estados Unidos consideran que los derechos procesales enumerados en el proyecto de artículo 26 son en términos generales apropiados, el texto del proyecto de artículo suscita algunas inquietudes. En primer lugar, porque no reconoce las limitaciones establecidas en relación con esos derechos procesales. Véase, por ejemplo, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte [...] y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello*, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin ante [ella].

2. En segundo lugar, en el proyecto de artículo 26, párr. 1, apdo. *d*, se emplea una terminología vaga y confusa, especialmente en comparación con el apartado *b*. Por ende, los Estados Unidos recomiendan que el apartado *d* se modifique y conceda «el derecho a un proceso de examen apropiado y eficaz».

3. En tercer lugar, en el comentario relativo al proyecto de artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, se debe aclarar que el Estado no está obligado a proporcionar representación al extranjero a expensas del propio Estado.

4. En cuarto lugar, el proyecto de artículo 26, párr. 3, debe reformularse a fin de indicar que se trata de un principio obligatorio para los Estados, y no de un derecho de la persona, conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Por ejemplo, el proyecto de artículo podría quedar redactado de la siguiente manera: «El Estado expulsor ha de permitir a un extranjero objeto de expulsión solicitar asistencia consular».

5. Por último, si bien la referencia a un plazo límite de seis meses en el párrafo 4 del proyecto de artículo 26 no vulneraría la normativa jurídica de los Estados Unidos, ese plazo podría parecer arbitrario como supuesta regla de derecho internacional. Además, esta norma podría resultar difícil de poner en práctica, ya que no siempre se está en condiciones de determinar exactamente cuánto tiempo hace que un extranjero se halla ilegalmente en el territorio de un Estado. Los Estados Unidos recomiendan utilizar una redacción más genérica, por ejemplo «que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo», y después explicar en el comentario que la práctica del Estado sugiere que «desde hace poco tiempo» significa generalmente seis meses o menos.

FEDERACIÓN DE RUSIA

Véase el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

PAÍSES BAJOS

1. En los Países Bajos los extranjeros tienen, en principio, el derecho a ser escuchados por las autoridades competentes. Sin embargo, se puede hacer una excepción a ese derecho si no hay duda razonable de que la objeción presentada por el extranjero a la decisión de expulsarlo carece manifiestamente de fundamento. En opinión de los Países Bajos, convendría incorporar una excepción similar al apartado *c* del párrafo 1 del proyecto de artículo 26 a fin de evitar que se abuse de este derecho.
2. Los Países Bajos proponen añadir lo siguiente al final del apartado *d* del párrafo 1:

«, incluida la opción de solicitar la adopción de medidas provisionales consistentes en una orden judicial que impida la expulsión del extranjero hasta que no lleguen a su fin las actuaciones judiciales.»

3. Esta adición sustituiría al artículo 27 (para mayores detalles véase el comentario de los Países Bajos relativo al artículo 27).

REINO UNIDO

1. El Reino Unido estaría dispuesto a aceptar este artículo si se modifica el apartado *e* del párrafo 1.
2. El Reino Unido no está dispuesto a apoyar la enmienda propuesta por la UE¹ al artículo 26, párr. 1, apdo. *a*, con arreglo a la cual toda decisión de expulsión notificada debe ir acompañada de una explicación por escrito de los recursos que puede presentar el interesado. Actualmente, y de acuerdo con el Reglamento de 2003 sobre la notificación de las decisiones en materia de inmigración, el Reino Unido solo está obligado a proporcionar esa información acerca de los recursos existentes cuando asiste al interesado el derecho de apelación. Cuando el recurso efectivo disponible consiste en el control jurisdiccional, las autoridades competentes no proporcionan esta información. El Reino Unido considera que esta manera de proceder es proporcionada y apropiada.
3. El Reino Unido no puede aceptar el artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, en su redacción actual. Si bien no se opone a que se permita a la persona ser representada en todos los casos ante la autoridad competente, esta disposición no está formulada de forma suficientemente clara y puede generar la obligación de que el propio Estado deba velar por la representación del interesado en todos los casos.
4. El artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, dispone que las personas tienen el «derecho a hacerse representar» ante la autoridad competente. El comentario relativo a este artículo indica que esa disposición se basa en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que este da al extranjero objeto de expulsión «el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente». Sin embargo, el artículo 13 del Pacto no enuncia el derecho a hacerse representar, sino que permite a la persona «exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante

la autoridad competente [...] y hacerse representar con tal fin ante ellas». De la lectura del artículo 13 del Pacto queda claro que la obligación del Estado se limita a dar a la persona la posibilidad de hacerse representar. Si se incorpora la noción de «derecho» al artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, esta disposición podría llegar a interpretarse como que le impone la obligación positiva de velar por que la persona sea representada. Ese riesgo se ve exacerbado por la diferente redacción que presentan el artículo 13 del Pacto y el artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, ya que la utilización de una redacción diferente da a entender claramente que se busca un resultado distinto, en particular cuando en el comentario se dice que un artículo se basa en el otro.

5. No en todos los casos es necesaria la representación. La necesidad de la representación depende de una serie de factores, entre ellos la capacidad del interesado a representarse a sí mismo, la complejidad y la naturaleza de las cuestiones que ha de dirimir la autoridad competente, y el tipo de procedimiento de que se trate. Por ejemplo, con el mecanismo de apelación establecido por el título 5 de la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo, de 2002, se pretende posibilitar el acceso a este recurso efectivo sin representación jurídica. Por ende, resultaría excesivo imponer una obligación general de velar por la representación de todas las personas que se presentan ante una autoridad competente. Esta cuestión de la representación debe zanjarse a nivel nacional y con arreglo a una legislación detallada que tome en consideración los diversos factores que determinan si la representación es necesaria.

6. El Reino Unido estaría dispuesto a aceptar el artículo 26, párr. 1, apdo. *e*, si este se modifica a fin de aclarar que a una persona se le debe permitir en todos los casos hacerse representar ante la autoridad competente, pero que ello no significa que tenga el derecho a la representación.

7. La Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo, de 2002, contiene la normativa vigente referente a los derechos de apelación en los casos de inmigración. El artículo 82 de la ley enuncia las decisiones en materia de inmigración contra las cuales se puede presentar recursos, como por ejemplo la orden de deportación y la decisión de obligar a la persona a abandonar el territorio del Reino Unido. No existe el derecho de apelar una decisión por la cual se excluye a una persona del Reino Unido por el motivo de que su presencia en el país va en contra del interés general. En la legislación del Reino Unido no se emplea el término «expulsión». En los casos en que no existe derecho de apelación, el interesado tiene acceso a un recurso efectivo por medio del control jurisdiccional.

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario en los comentarios generales.

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

ALEMANIA

Según el comentario de la Comisión, el artículo 27 lleva aparejado un desarrollo progresivo. Alemania quisiera reiterar que si bien está de acuerdo con el concepto general

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

del efecto suspensivo del recurso contra las decisiones de expulsión, no considera necesario seguir desarrollando las leyes en vigor. Los motivos que explican el efecto suspensivo se enuncian correctamente en el comentario al respectivo proyecto de artículo: a menos que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsar, el recurso puede no tener efecto alguno. Es precisamente por este motivo que el derecho interno alemán —que a este respecto se describe de forma detallada a la Comisión— confiere efecto suspensivo a una amplia gama de recursos interpuestos contra decisiones administrativas. Sin embargo, el texto del proyecto de artículo 27 no deja lugar a las excepciones que son necesarias para asegurarse que esta disposición no sirva para evitar la ejecución de una decisión de expulsar perfectamente fundamentada. Por ende, y tal como ya se ha indicado, Alemania está de acuerdo con el concepto general del efecto suspensivo pero propone modificar el proyecto de artículo 27 de modo que incluya ciertas excepciones. Por supuesto toda excepción debe respetar el derecho de toda persona a un recurso eficaz.

AUSTRIA

El proyecto de artículo 27 es inaceptable en su redacción actual. Debería prever excepciones respecto al efecto suspensivo de un recurso, por ejemplo en caso de amenazas contra la seguridad o el orden públicos.

CANADÁ

El Canadá no puede aceptar el artículo 27, dado que en el derecho canadiense la presentación de un recurso no tiene necesariamente un efecto suspensivo sobre la decisión de expulsión. El Canadá propone el siguiente texto: «Un recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentra legalmente en el territorio del Estado expulsor *podrá tener un efecto suspensivo sobre la decisión de expulsión, según lo dispuesto por la ley**».

DINAMARCA (EN NOMBRE DE LOS PAÍSES NÓRDICOS)

Los países nórdicos apoyan los comentarios hechos por la UE¹ sobre este artículo.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

EL SALVADOR

1. El artículo 27 del proyecto de artículos prevé el efecto suspensivo de un recurso únicamente cuando este ha sido interpuesto por un extranjero en condición migratoria regular, lo cual afecta el derecho a la igualdad ante la ley y podría generar consecuencias contradictorias en los casos prácticos.

2. El Salvador considera que, si bien el efecto suspensivo de una decisión no constituye una regla general, esto no puede determinarse por la condición migratoria de una persona, sino que depende de la necesidad de asegurar un derecho, debido al peligro de que este se vea lesionado de forma irreparable mediante la ejecución de la decisión.

3. Esta no es una propuesta novedosa para la expulsión, sino la regla que rige la adopción de medidas cautelares en

el ámbito del derecho procesal en general. De este modo, la suspensión de la decisión de expulsión, no sería más que un mecanismo —emitido *ab initio* o en el transcurso del proceso— dirigido a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se emita.

4. En determinados procesos de expulsión, debido al gran impacto que la decisión posee en el individuo, es posible que se requiera la aplicación de medidas cautelares en una gran cantidad de casos, ya no solo para evitar el traslado de un territorio a otro, sino para evitar todas las consecuencias que dicho acto proyecta en la condición de vida del recurrente y en el ejercicio de otros derechos básicos como la protección a la familia, el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la propiedad privada, entre otros.

5. Por lo anterior, en este tema sería más atinado analizar los efectos reales de cada caso concreto y conservar el *status quo* del extranjero durante la tramitación del recurso cuando la decisión de expulsión pueda producirle graves efectos y, más aún, cuando estos sean de carácter irreversible incluso ante una resolución a su favor.

6. Por ejemplo, ejecutar una decisión de expulsión contra una persona que ha permanecido durante varios años en el territorio del Estado —ya sea en condición migratoria regular o irregular— produciría un desarraigo en todos los aspectos de su vida, lo cual podría justificar que se suspenda la expulsión, únicamente durante el período en que tramita el recurso y hasta su resolución. Asimismo —al margen de los procesos relativos a la condición de refugiado, asilado o apátrida— debe prestarse atención al gran número de casos en que la decisión de expulsión incide de un modo inevitable sobre las futuras condiciones de vida del individuo o sobre su seguridad personal.

7. Por otra parte, en el contexto internacional, ya se ha avanzado en la tendencia de otorgar efecto suspensivo a las decisiones de expulsión durante la tramitación de un recurso a las personas en condición migratoria irregular, lo cual se refleja directamente en el artículo 22, párrs. 2 y 4, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece, en su parte pertinente:

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares solo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

[...]

4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

8. En virtud de lo anterior, se recomienda la siguiente redacción:

«El recurso interpuesto por [una persona extranjera] objeto de expulsión contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución [cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la decisión definitiva].»

ESTADOS UNIDOS

1. En concordancia con las inquietudes expresadas por otros países, los Estados Unidos no consideran que este proyecto de artículo refleje la práctica actual de los Estados ni que esté correctamente redactado como para servir de norma de derecho internacional. En primer lugar, es tan amplio que se podría interpretar como que se aplica a todo tipo de recurso interpuesto por un extranjero durante el procedimiento de expulsión. Con arreglo a la ley de los Estados Unidos en materia de inmigración, un extranjero que enfrenta una orden definitiva de expulsión tiene por lo general la posibilidad de presentar recursos a distintos niveles, aunque existen algunas excepciones, por ejemplo el procedimiento de expulsión acelerada (Código de los Estados Unidos, tít. párr. 1225 *b*). Un recurso directo contra la orden de expulsión presentado a la Junta de Apelaciones de Inmigración tiene automáticamente un efecto suspensivo; en cambio, los nuevos recursos deben ir acompañados de una solicitud por separado, en la que se pide la suspensión de la orden mientras se tramita el recurso.

2. Los Estados Unidos consideran que el proyecto de artículo 26, párr. 1, en el que se enuncia el derecho a impugnar la decisión de expulsión mediante un proceso de revisión eficaz, responde de manera apropiada y suficiente a las preocupaciones de fondo relativas que dieron origen a este proyecto de artículo. Los Estados han de tener la flexibilidad, en el marco de sus propios sistemas de inmigración y procesos de revisión, de determinar si ciertos tipos de peticiones o de recursos deben tener efecto suspensivo o de permitir las suspensiones discretivas, a condición de que los extranjeros tengan acceso a un proceso de examen efectivo. Este proyecto de artículo no toma en consideración las diferencias razonables entre las prácticas de los Estados a este respecto.

3. Los Estados Unidos consideran que este proyecto de artículo debe ser reformulado a fin de atender a dichas inquietudes, o de lo contrario suprimido.

PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos estiman de la máxima importancia suprimir el artículo 27 en su totalidad. Con este artículo sería casi imposible expulsar a extranjeros del territorio de un Estado. A este respecto, se remiten a los comentarios formulados por la UE¹ acerca de este artículo. Conceder un efecto suspensivo a un recurso interpuesto contra una decisión de expulsión puede en efecto percibirse como una incitación a abusar de los procedimientos de apelación, apartándose así de su verdadero propósito. A fin de evitar que las expulsiones contravengan la legislación nacional o internacional, los Países Bajos proponen hacer la adición al artículo 26, párr. 1, apdo. *d*, tal como se propuso anteriormente.

¹ Mimeografiado, francés e inglés solamente.

REINO UNIDO

1. El Reino Unido no puede aceptar este artículo, ya que este constituye un desarrollo excesivo y desacertado del derecho.

2. La Ley de Inmigración que está siendo objeto de tramitación en el Parlamento del Reino Unido prevé la existencia de recursos sin efecto suspensivo interpuestos por delincuentes extranjeros, en los casos en que no se derivaría ningún perjuicio grave e irreversible del hecho que el recurso tenga lugar después de que la persona haya abandonado el Reino Unido. Este criterio se ajusta al derecho internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo reconoce la Comisión en su análisis del asunto *Čonka*¹ en el párrafo 4 del comentario relativo a este artículo. También se ajusta a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *De Souza Ribeiro*².

3. El Reino Unido considera que esas son las condiciones que imponen el derecho internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que un recurso tenga efecto suspensivo. Ampliar ese efecto a todos los recursos interpuestos contra las decisiones de expulsión resulta excesivo. En los casos en que se podría derivar un perjuicio grave e irreversible del hecho que la persona tenga que abandonar el país antes de que se haya terminado de tramitar el recurso, conviene que este tenga efecto suspensivo, a fin de que ese riesgo no se concrete. Sin embargo, en ausencia de tal riesgo, ya sea porque las cuestiones de que se trata no plantean un riesgo de perjuicio grave o irreversible o porque carecen manifiestamente de fundamento, resulta excesivo e innecesario exigir que en todos los casos el recurso tenga efecto suspensivo.

4. El Reino Unido señala que la Comisión considera que la práctica de los Estados en este ámbito no es suficientemente uniforme ni converge de forma tal de servir de base, en el derecho vigente, a una regla de derecho internacional general según la cual un recurso interpuesto contra cualquier decisión de expulsión tendría efecto suspensivo. El Reino Unido está de acuerdo al respecto y estima que, habida cuenta de este análisis y de la proporcionalidad y necesidad de impulsar el desarrollo como propone la Comisión, no se ha establecido de manera satisfactoria la necesidad de desarrollar el derecho de esa manera. El Reino Unido comparte la conclusión de la Comisión de que en el caso de las personas que se no encuentran legalmente en el territorio del Estado en cuestión, el recurso interpuesto no debería tener efecto suspensivo.

5. Este proyecto de artículo es contrario a la legislación interna en vigor, a saber la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo, de 2002, que prevé que el recurso solo tendrá efecto suspensivo en determinados casos. El artículo 94 prevé que el recurso no tendrá efecto suspensivo cuando el ministro certifique que una solicitud de asilo o una solicitud por razones humanitarias carecen manifiestamente de fundamento. Estas disposiciones son la piedra angular del mecanismo de apelación de que dispone el Reino Unido, el cual garantiza que las solicitudes no fundamentadas no sirvan para retrasar la salida de la persona del territorio del país. La decisión por la cual el ministro certifica que la solicitud carece manifiestamente

¹ *Čonka c. Belgique*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda núm. 51564/99, *Recueil des arrêts et décisions 2002-I*, pág. 47.

² *De Souza Ribeiro c. France*, sentencia de 13 de diciembre de 2012, *ibíd.*, 2012-VI, pág. 139.

de fundamento puede ser objeto de un recurso por vía de control jurisdiccional, la cual, en estos casos, tiene efecto suspensivo.

REPÚBLICA DE COREA

Es mejor suprimir este artículo. Con arreglo a la ley coreana sobre los litigios de carácter administrativo, la ejecución de una decisión de expulsar solo se puede suspender por decisión de la justicia. La sola presentación de un recurso por parte de un extranjero objeto de expulsión no debe tener por efecto suspender la decisión adoptada por la autoridad pública, ya que ello podría limitar de forma injustificada la soberanía del Estado.

Artículo 28. Procedimientos de recurso individual

CUBA

Sobre el artículo 28 del proyecto, Cuba propone que se aclare desde el punto de vista *ratione materiae* y *ratione personae*, la autoridad internacional que resultaría competente para determinar si no existieron los motivos de expulsión enumerados en el artículo 5 del proyecto. Por otra parte, debe precisarse para quién resultaría competente la autoridad internacional, si son las que el Estado expulsor reconoce o para el expulsado.

ESTADOS UNIDOS

Teniendo en cuenta especialmente la redacción de la frase «cualquier procedimiento [...] disponible», los Estados Unidos consideran que esta disposición reconoce solo la obligación de un Estado de permitir a los extranjeros objeto de una expulsión presentar un recurso individual ante una instancia internacional competente cuando tal procedimiento ya está generalmente disponible en ese Estado, o a su respecto.

REINO UNIDO

Este proyecto de artículo no presenta problemas para el Reino Unido. Sin embargo, en lo que se refiere a la utilización del recurso individual ante una instancia internacional competente con el fin de suspender temporalmente la ejecución de una decisión de expulsión, el Reino Unido pide a la Comisión que se remita a sus comentarios relativos al artículo 27, en el sentido de que el recurso contra la expulsión debe tener efecto suspensivo cuando no existe riesgo de perjuicio irreparable si el recurso se presenta y se termina de tramitar después de la expulsión.

QUINTA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

ALEMANIA

El proyecto de artículo 29 no constituye *lex lata*. Aunque se la perciba como una norma *de lege ferenda*, su redacción parece demasiado amplia, ya que incluye un «derecho al regreso» aplicable a todos los casos en que

una autoridad competente determine que la expulsión ha sido ilícita.

AUSTRALIA

Australia observa que convendría que varios de los proyectos de artículos fueran más precisos o claros. Por ejemplo, el proyecto de artículo 29, párr. 1, no indica con precisión cuáles son los órganos que la Comisión considera «autoridad competente» y Australia agradecería que se aclarara que se refiere a una autoridad competente del Estado expulsor. A falta de mayor precisión al respecto, Australia no está en condiciones de determinar si este proyecto de artículo es compatible con el derecho internacional vigente.

CANADÁ

En el derecho internacional, los extranjeros no gozan de un *derecho* de admisión a un Estado. Los extranjeros expulsados no tienen derecho a ser readmitidos. El Canadá no puede aceptar el artículo 29, relativo al derecho a la readmisión cuando se determina posteriormente que la expulsión ha sido ilícita. Por otro lado, la resolución de expulsión ilícita no puede invocarse para impedir que un extranjero solicite la admisión o presente una nueva solicitud de admisión.

CUBA

En relación con el artículo 29 que hace referencia a la readmisión de un extranjero en el Estado expulsor cuando la expulsión fue ilícita, Cuba considera que debe especificarse que la autoridad competente debe ser del propio Estado expulsor que revoque la resolución dictada por entidad nacional.

EL SALVADOR

1. En el artículo 29 se establece la posibilidad de readmisión en casos de expulsión ilícita, la cual es una importante disposición de desarrollo progresivo. En todo caso, ya que esta es solo una de las posibles causas de readmisión, se recomienda a la Comisión adicionar una cláusula de salvaguarda a efectos de aclarar que pueden existir otros motivos que permitan la readmisión de la persona.

2. Se recomienda añadir el siguiente párrafo 3:

«3. El presente artículo se entiende sin perjuicio de otras causas de readmisión previstas por el Estado expulsor.»

ESTADOS UNIDOS

1. Aunque los Estados Unidos valoran los principios de justicia que motivan la inclusión de este proyecto de artículo, les preocupa profundamente que el artículo pretenda reconocer un «derecho» individual sin precedentes a ser admitido en un Estado. Los extranjeros no gozan del derecho a ser admitidos en un Estado en ningún otro contexto; y a pesar de que este proyecto de artículo se refiere a circunstancias muy limitadas, sentaría un precedente inaceptable al respecto. El Estado, incluso en circunstancias comprensibles como las recogidas en este proyecto

de artículo, conserva, y debería conservar, su prerrogativa soberana de determinar qué extranjeros pueden ingresar en su territorio y en qué condiciones¹.

2. Los Estados Unidos consideran que este proyecto de artículo debería redactarse nuevamente para abordar estas inquietudes, o bien suprimirse.

¹ Véase el caso *Kleindienst v. Mandel* (1972): «De acuerdo con los principios históricos de derecho internacional de los Estados nación, [...] la facultad de impedir el ingreso de extranjeros es inherente a la soberanía, necesaria para mantener la normalidad en las relaciones internacionales y defender al país de intromisiones y peligros externos» (*United States Reports*, vol. 408, pág. 765); véase también H. Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, 8.ª ed. (Londres, Longmans, Green & Co., 1955), vol. I, *Peace*, págs. 675 y 676. Además, al referirse a la cuestión de la admisión, el proyecto de artículo no se circunscribe al tema de la «expulsión».

FEDERACIÓN DE RUSIA

1. En el marco del tema en su conjunto, la Federación de Rusia desearía señalar a la atención la institución de la readmisión. Como sabemos, la readmisión, igual que la expulsión, entraña el movimiento de nacionales extranjeros y personas apátridas hacia fuera del territorio del Estado, independientemente de su voluntad. Al mismo tiempo, la readmisión es una institución jurídica separada, basada principalmente en normas que en sí mismas son de derecho internacional, porque, a diferencia de la expulsión, presupone no solo el derecho de un Estado de expulsar a una persona, sino también la obligación de otro Estado de aceptar a esa persona. Además, en la redacción actual del proyecto de artículos, solo se dedica al tema de la readmisión el proyecto de artículo 29, que afecta a uno solo de los aspectos de esa institución jurídica: la obligación del Estado expulsor de volver a aceptar al nacional extranjero en caso de que no existan motivos legales para expulsar (la llamada readmisión errónea).

2. La Federación de Rusia entiende que tendría sentido que la Comisión elucidara otros aspectos de esa institución en el proyecto de artículos.

3. Véase también el comentario hecho *supra* como parte de los comentarios generales.

PAÍSES BAJOS

En aras de la claridad, debería añadirse la expresión «de dicho Estado» detrás de «si una autoridad competente».

REPÚBLICA DE COREA

La decisión de permitir que los extranjeros expulsados sean readmitidos en su territorio constituye un derecho soberano de los Estados, incluso cuando una autoridad competente determine que la expulsión ha sido ilícita. En este sentido, el artículo 11 de la Ley de Control de la Inmigración impone restricciones a la readmisión de los extranjeros que han sido expulsados por el Gobierno de la República de Corea. Por consiguiente, este artículo debería suprimirse.

Artículo 30. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

AUSTRALIA

Por experiencia propia, Australia considera que podrían existir circunstancias en las que sería preciso, por motivos de seguridad nacional, limitar la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión que el proyecto de artículo 30 impone a los Estados, por ejemplo cuando los bienes estén vinculados con la delincuencia organizada o la financiación del terrorismo.

CANADÁ

El artículo 30 exige al Estado expulsor que adopte las «medidas necesarias» para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión. En el comentario al proyecto de artículos se explica que el propósito de esta disposición es proporcionar un plazo razonable, antes o después de la expulsión, para efectuar la repatriación de los bienes. El propio artículo debe reflejar ese fin.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos consideran que el término «necesarias» confiere a los Estados flexibilidad en el tratamiento de ciertos tipos de bienes, incluidos los bienes adquiridos por un extranjero por medios delictivos. En particular, como indica el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo, la redacción del artículo

permite tener suficientemente en cuenta el posible interés del Estado expulsor en limitar o prohibir, de conformidad con su propia legislación, la libre disposición de determinados bienes, en particular los adquiridos ilegalmente por el extranjero en cuestión o que sean el producto de actividades delictivas o de otros comportamientos ilícitos.

Por lo tanto, en determinadas circunstancias el Estado se encuentra facultado para tomar posesión de los bienes de un extranjero objeto de expulsión con fines de decomiso. Además, los Estados Unidos consideran que la expresión «medidas necesarias» significa que el Estado no está sujeto a una obligación absoluta de proteger los bienes de un extranjero objeto de expulsión.

MARRUECOS

La protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión es consecuencia lógica del procedimiento de expulsión previsto por el proyecto de artículos y que coincide con el objetivo de que se respeten los derechos adquiridos de los extranjeros expulsados. Desde el punto de vista de la propiedad privada, la expulsión no debería vulnerar los derechos adquiridos de los expulsados, incluido el derecho a percibir ingresos u otras prestaciones que se les adeuden. Para Marruecos, la protección contra la confiscación de los bienes del extranjero objeto de expulsión se aplica, como es debido, con sujeción a lo dispuesto en la legislación nacional, en particular la Ley núm. 43-05 de 17 de abril de 2007, en su versión última consolidada de 17 de febrero de 2011, y otros instrumentos adoptados por Marruecos (el Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, y

la Convención Árabe sobre la Lucha contra el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo).

REINO UNIDO

1. El Reino Unido manifiesta su profunda preocupación por la redacción actual de este proyecto de artículo, debido a que excede el alcance de las obligaciones internacionales mencionadas por la Comisión en su comentario al referirse a la protección de los bienes por parte del Estado, que podría interpretarse en un sentido que trasciende el perjuicio mencionado, es decir la privación arbitraria de los bienes.

2. El Reino Unido permite que las personas lleven consigo sus bienes cuando son expulsadas del país (aunque es posible que incurran en cargos por exceso de equipaje) o encarguen a amigos o familiares el envío o la enajenación de sus bienes. El Reino Unido no toma, ni tomaría, ninguna otra medida dirigida a proteger los bienes de los extranjeros objeto de expulsión fuera de las aplicables en general a todas las personas.

3. El Reino Unido sugiere que el artículo 30 se redacte nuevamente, de la manera propuesta a continuación, a fin de reflejar específicamente la prevención de la privación arbitraria de bienes:

«30. El Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para velar por que los extranjeros objeto de expulsión no sean privados arbitrariamente de los bienes personales que posean lícitamente, y les permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.»

Artículo 31. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

AUSTRIA

Como Austria explicó hace dos años, ambos artículos parecen redundantes ya que, por una parte, no cabe duda de que toda violación de una obligación internacional entraña responsabilidad internacional y, por otra parte, cualquier Estado puede ejercer el derecho a la protección diplomática en favor de sus nacionales. Estas obligaciones y estos derechos emanan de otros regímenes de derecho internacional y no es preciso reiterarlos en este contexto. Además, no queda claro cuáles son los Estados que podrían tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado expulsor. Debería ofrecerse mayor precisión al respecto al menos en el comentario.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos tienen varias sugerencias de redacción para dotar de mayor claridad a esta disposición, de manera que el proyecto de artículo quede redactado de la siguiente manera:

«La expulsión de un extranjero en violación de las obligaciones internacionales del Estado expulsor reflejadas en el presente proyecto de artículos o derivadas de cualquier otra norma de derecho internacional aplicable genera la responsabilidad internacional de dicho Estado.»

REINO UNIDO

En la medida en que los proyectos de artículos representen obligaciones jurídicas internacionales vigentes, el Reino Unido coincide en que la violación de esas obligaciones en principio podría entrañar la responsabilidad internacional del Estado expulsor.

REPÚBLICA DE COREA

Véase el comentario formulado en la sección de comentarios generales.

Artículo 32. Protección diplomática

ALEMANIA

Alemania sigue proponiendo que se suprima el artículo 32. Cree que bastaría con mencionar la protección diplomática en el comentario.

AUSTRIA

Véase el comentario correspondiente al artículo 31.

ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos quisieran destacar que, como se sugiere en el comentario, el proyecto de artículo en ningún modo tiene por objeto modificar la aplicación normal de las normas generales relativas a la protección diplomática consagradas en el derecho internacional.

REINO UNIDO

El Reino Unido propone que este proyecto de artículo se vuelva a redactar incluyendo la fórmula «sin perjuicio de». El ejercicio de la protección diplomática respecto de un extranjero objeto de expulsión estaría necesariamente supeditado a la existencia de un derecho del Estado en cuestión a ejercer la protección diplomática respecto de dicho individuo.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/668 and Add.1^{*,**}

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

[Original: inglés]
[27 de febrero de 2014 y 11 de marzo de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe	68
Obras citadas en el presente informe	69
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
I. EXAMEN DEL TEMA EN 2013	1-6 69
II. PROTECCIÓN DEL PERSONAL DE SOCORRO Y SUS BIENES Y EQUIPO	7-50 69
A. Introducción	7-13 69
B. Sinopsis de las disposiciones jurídicas incluidas en los tratados multilaterales y bilaterales y los instrumentos jurídicos no vinculantes relativos a la protección del personal de socorro en casos de desastre y de sus bienes y equipo	14-24 71
1. Tratados universales	15-16 71
2. Tratados regionales	17-18 71
3. Tratados bilaterales	19-20 72
4. Otros instrumentos	21-24 72
C. Categorías del personal de socorro pertinente y sus bienes y equipo	25-34 73
D. Medidas que han de adoptar los Estados afectados para cumplir su deber de proteger al personal de socorro y sus bienes y equipo	35-49 75
Propuesta de un nuevo proyecto de artículo	50 78
<i>Proyecto de artículo 14 bis. Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro</i>	78
III. DISPOSICIONES GENERALES	51-82 78
A. Relación con las normas especiales de derecho internacional	52-74 78
1. Tratados universales	54-59 79
2. Tratados regionales	60-64 79
3. Otros instrumentos	65-71 80
Propuesta de un nuevo proyecto de artículo	72-74 81
<i>Proyecto de artículo 17. Relación con normas especiales de derecho internacional</i>	81
B. Relación con otras normas de derecho internacional	75-78 81
Propuesta de un nuevo proyecto de artículo	78 82
<i>Proyecto de artículo 18. Cuestiones relacionadas con las situaciones de desastre no reguladas por el presente proyecto de artículos</i>	82

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/668/Corr.1.

** El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento por la asistencia que le prestaron en la preparación del presente informe a Giulio Bartolini, profesor auxiliar de derecho internacional, Facultad de Derecho, Universidad Roma Tre; Federico Casolari, profesor auxiliar de derecho internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Bolonia, y Emanuele Sommario, profesor auxiliar de derecho internacional, Escuela de Estudios Superiores Sant'Anna de Pisa; al «Proyecto de derecho internacional en materia de desastres», del que son coordinadores a nivel local, y a Lana Ulrich, doctoranda en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, Washington D.C.; Yann Dehaut-Delville, maestría en derecho, Facultad de Derecho de La Sorbona, París I, maestrando en derecho, Facultad de Derecho, Fordham University (Nueva York); y Paul R. Walegur, La Haya.

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
C. Relación con la Carta de las Naciones Unidas	79-82	82
Propuesta de un nuevo proyecto de artículo	82	83
<i>Proyecto de artículo 19. Relación con la Carta de las Naciones Unidas</i>		83
IV. TÉRMINOS EMPLEADOS	83-122	83
A. Propuesta de un proyecto de artículo adicional	86	84
<i>Proyecto de artículo 3 bis. Términos empleados</i>		84
B. Análisis breve	87-122	84

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV) (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
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, núms. 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)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (revisado) (Kyoto, 18 de mayo de 1973)	Ibíd., vol. 950, núm. 13561, pág. 269.
Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Bruselas, 26 de junio de 1999)	Ibíd., vol. 2370, núm. 13561, pág. 27.
Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, núm. 24643, pág. 187.
Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990 (Londres, 30 de noviembre de 1990)	Ibíd., vol. 1891, núm. 32194, pág. 51.
Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 2000 (Londres, 15 de marzo de 2000)	OMI, HNS-OPCR/CONF/11/Rev.1; véase también España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 201, pág. 30940.
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, núm. 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 los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2105, núm. 36605, pág. 457. En español, España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 61-2000, 11 de marzo de 2000.
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2051, núm. 35457, pág. 363.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 8 de diciembre de 2005)	Ibíd., vol. 2689, núm. 35457. Resolución 60/42 de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 2005.
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 www.bsec-organization.org .
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, núm. 40906, pág. 5.
Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2172, núm. 38131, pág. 213.
Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (Vientiane, 26 de julio de 2005)	ASEAN Documents Series 2005, 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)	Diario Oficial de la Unión Europea C 306, 17 de diciembre de 2007, pág. 1.
Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC (Malé, 26 de mayo de 2011)	Disponible en www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf .

Obras citadas en el presente informe

DE GUTTRY, Andrea

«Surveying the law», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 3 a 44.

FICR

Law and legal issues in international disaster response: a desk study, Ginebra, FICR, 2007. Versión resumen en español, *Derecho y asuntos legales en la respuesta internacional a desastres: un estudio de gabinete*, Ginebra, FICR, 2007.

GAVSHON, Daniela

«The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, núm. 2 (2009), págs. 243 a 263.

HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK

El derecho internacional humanitario, vol. I: *Normas*, Ginebra, CICR, 2007.

RONZITTI, Natalino

«Conclusions», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 703 a 706.

VENTURINI, Gabriella

«International disaster response law in relation to other branches of international law», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2012, págs. 45 a 64.

CAPÍTULO I

Examen del tema en 2013

1. En el 65.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2013, el Relator Especial presentó su sexto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre¹. En el informe se abordaban los aspectos de la prevención, incluidas la reducción del riesgo de desastres, la prevención como un principio del derecho internacional y la cooperación internacional en la prevención. En el informe también se presentaba una sinopsis de la legislación y las políticas nacionales pertinentes, se proponían los dos proyectos de artículos siguientes: 5 *ter* (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) y 16 (Deber de prevenir).

2. La Comisión examinó el sexto informe en sus sesiones 3175.^a a 3180.^a, celebradas del 8 al 16 de julio de 2013², y remitió los dos proyectos de artículos al Comité de Redacción.

3. El Comité de Redacción, a la luz del debate celebrado por la Comisión en sesión plenaria, aprobó provisionalmente los dos nuevos proyectos de artículos siguientes: 5 *ter* (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) y 16 (Deber de reducir el riesgo de desastres).

4. La Comisión aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 5 *ter* y 16 en la 3187.^a sesión, celebrada el 26 de julio de 2013. En una

fecha anterior del período de sesiones, en la 3162.^a sesión celebrada el 10 de mayo de 2013, la Comisión aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículos 5 *bis* y 12 a 15, que se habían examinado y se había tomado nota de ellos en el anterior período de sesiones, en 2012.

5. En sus sesiones 3190.^a y 3191.^a, celebradas los días 2 y 5 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 5 *bis*, 5 *ter* y 12 a 16. Los siete proyectos de artículos, junto con sus respectivos comentarios, se reproducen en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones³.

6. En noviembre de 2013, durante el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el capítulo VI del informe anual de la Comisión, dedicado al sexto informe del Relator Especial y al debate de la Comisión sobre la cuestión, prestando particular atención a los proyectos de artículos 5 *ter* y 16 y sus correspondientes comentarios aprobados por la Comisión. Un resumen por temas del debate de la Sexta Comisión ha sido preparado por la Secretaría atendiendo a la petición de la Asamblea General en su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013⁴.

³ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), cap. VI, secc. C.

⁴ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), párrs. 31 a 41.

¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/662.

² Las sesiones mencionadas en este capítulo figuran en *ibíd.*, vol. I.

CAPÍTULO II

Protección del personal de socorro y sus bienes y equipo

A. Introducción

7. Las misiones humanitarias internacionales se enfrentan a riesgos considerables para el personal que participa en esas operaciones. Las estadísticas demuestran que los episodios se repiten en forma de ataques deliberados, violencia y robo, en detrimento del personal y los activos pertenecientes a esas misiones, como se indica especialmente en los informes periódicos del Secretario General

sobre la seguridad del personal de asistencia humanitaria y la protección del personal de las Naciones Unidas⁵, entre otras fuentes⁶. Este fenómeno es más común en los

⁵ Véase, por ejemplo, el documento A/68/489.

⁶ Véanse los datos disponibles en <https://aidworkersecurity.org>. Véase también la resolución 5, titulada «La asistencia de salud en peligro: respetar y proteger la asistencia de salud», aprobada en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2011.

casos en que los agentes internacionales tienen que actuar en situaciones de conflicto armado o en Estados afectados por un deterioro general de las condiciones de seguridad, debido principalmente a causas políticas y económicas.

8. A la luz del proyecto de artículo 3 y su comentario, el alcance de la aplicación del presente conjunto de proyectos de artículos podría parecer bastante limitado en lo que respecta a las hipótesis mencionadas, dado que los proyectos de artículos no se refieren a las crisis políticas o económicas o los conflictos armados como acontecimientos que constituyen un desastre *per se*⁷. El proyecto de artículo 3 se centra en la existencia de un hecho o una serie de hechos calamitosos, ya sean naturales o causados por el hombre, que dan lugar a uno o más de tres resultados posibles: 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.

9. No obstante, incluso en esas situaciones la posibilidad de que el personal de socorro y sus bienes y equipo afronten riesgos es real y, por consiguiente, no puede excluirse. De hecho, en el pasado algunos acontecimientos han puesto de relieve la pertinencia de las preocupaciones en materia de seguridad también en esas hipótesis. Un desastre puede conducir a un colapso temporal del orden público en el Estado afectado, lo que aumenta las amenazas para la seguridad del personal de socorro en casos de desastre. Además, el considerable valor del equipo y los bienes de los agentes internacionales que participan en operaciones de socorro constituye un objetivo tentador para los delincuentes comunes. Del mismo modo, en las situaciones caóticas que suelen derivarse de esos acontecimientos, algunas personas afectadas por los desastres podrían optar por hacerse arbitrariamente con el control de los suministros de socorro, desviándolos de las zonas y las principales necesidades determinadas por las autoridades competentes del Estado afectado con miras a garantizar una respuesta conforme a los principios reconocidos en el proyecto de artículo 6.

10. Las situaciones así previstas pueden crear obstáculos adicionales a la prestación eficaz de la asistencia humanitaria y, como consecuencia de ello, socavar los esfuerzos llevados a cabo por el Estado afectado y los actores internacionales para prestar apoyo y asistencia a la población que ha sido víctima de un hecho calamitoso. La violencia y los ataques contra el personal militar y civil que brinda asistencia externa, si redundan en perjuicio del equipo y los bienes relacionados con la operación de socorro internacional, tienen un efecto perjudicial inmediato en las víctimas de un desastre concreto, reduciendo así la probabilidad de que sus derechos humanos (por ejemplo, el derecho a la alimentación, la salud, el agua, entre otros) sean debidamente respetados. Desde una perspectiva a largo plazo, también existe un efecto negativo en la medida en que el resultado puede ser una reducción de la capacidad y la voluntad de los agentes internacionales para prestar apoyo en situaciones de

desastre, menoscabando así el cumplimiento del deber de cooperar consagrado en el proyecto de artículo 5.

11. Además, el deber específico de asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes asignados a las operaciones de socorro no se solapa con la obligación paralela, aunque precisa, enunciada en el proyecto de artículo 14, a saber, la facilitación de la asistencia externa. Según el proyecto de artículo 14, el Estado afectado debe adoptar las medidas necesarias, con arreglo a su legislación nacional, con el fin de facilitar la prestación pronta y eficaz de la asistencia externa, y garantizará que su legislación y reglamentos pertinentes sean fácilmente accesibles.

12. Sin embargo, aun cuando la garantía de protección para el personal de socorro civil y militar, así como de sus bienes y equipo, podría asimilarse en términos generales a la facilitación en favor de los agentes externos, su naturaleza y alcance específicos hacen que se diferencie de las medidas previstas en el proyecto de artículo 14. Tal como se señala en el comentario correspondiente, lo que el artículo 14 “[t]iene por objeto es velar por que el derecho interno prevea la prestación de asistencia pronta y efectiva”⁸. El principal objetivo de esta disposición es, por lo tanto, obligar a los Estados a que adopten las medidas necesarias y apropiadas dentro de su legislación nacional, que pueden incluir, entre otras cosas, medidas legislativas, ejecutivas y administrativas a fin de que puedan hacer frente a los problemas jurídicos que plantea la asistencia externa recibida en casos de desastre o en los casos en que actúen como Estados de tránsito para las operaciones de socorro internacional. En este sentido, en el texto del proyecto de artículo 14 y su comentario figura una lista no exhaustiva de las esferas abarcadas por las medidas que deben adoptar los Estados, a saber, *a)* en lo que se refiere al personal de socorro: los privilegios e inmunidades; los requisitos de visado y de entrada; los permisos de trabajo; y la libertad de circulación; y *b)* con respecto a los bienes y el equipo: los requisitos aduaneros y los aranceles; la imposición; el transporte; y su enajenación, y los Estados pueden sin duda beneficiarse de las mejores prácticas desarrolladas en esa esfera hasta la fecha⁹.

13. Al considerar la cuestión de la protección del personal de socorro, su equipo y sus bienes, se puede diferenciar tanto el motivo específico de preocupación como el tipo de medidas que debe adoptar el Estado afectado. En ese caso, los Estados están obligados a adoptar una serie de medidas principalmente afirmativas destinadas a lograr un objetivo concreto: la seguridad de aquellas personas cuyas actividades humanitarias constituyen uno de los pilares fundamentales del socorro internacional en casos de desastre. La principal preocupación no es solo que el Estado afectado garantice la existencia de un ordenamiento jurídico interno que facilite la asistencia externa, sino que ese Estado se esfuerce por crear las apropiadas condiciones de seguridad necesarias para poner en

⁷ Véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 331, párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 3. Para el texto del proyecto de artículos con los comentarios aprobados por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 56.

⁸ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 1 del comentario al artículo 14.

⁹ Véase *Ley modelo para la facilitación y la reglamentación de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial (incluye comentarios)*, Ginebra, FICR, OCAH y Unión Interparlamentaria, 2013.

práctica la operación de socorro, lo que permite garantizar la protección del personal, el equipo y los bienes.

B. Sinopsis de las disposiciones jurídicas incluidas en los tratados multilaterales y bilaterales y los instrumentos jurídicos no vinculantes relativos a la protección del personal de socorro en casos de desastre y de sus bienes y equipo

14. La necesidad de mantener separadas las obligaciones que incumben a la facilitación de la asistencia externa, por un lado, y las relativas a la protección del personal de socorro, sus bienes y equipo, por otro, se refleja claramente en la práctica internacional. Como se pone de manifiesto en los tratados universales, regionales y bilaterales, así como en los instrumentos jurídicos no vinculantes, existe una clara tendencia a favor de que se reflejen esas obligaciones en una serie de disposiciones separadas. Una visión general de los instrumentos internacionales pertinentes permite apreciar mejor el amplio reconocimiento de la necesidad de contar con un conjunto diferente de normas relativas a este deber de proteger y, en consecuencia, la conveniencia de examinar este aspecto en el marco de la labor realizada por la Comisión sobre el presente tema.

1. TRATADOS UNIVERSALES

15. Con respecto a los tratados multilaterales, los principales convenios relativos a los desastres naturales o provocados por el hombre han incluido sistemáticamente una referencia concreta a esta obligación adicional. La primera referencia al deber de proteger puede encontrarse en el artículo 3, apdo. *b*, de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, de 1986, según el cual la parte solicitante velará por la protección del personal, el equipo y los materiales que haya introducido en su territorio y que preste la asistencia o en su nombre. En disposiciones adicionales de la Convención se detallan los privilegios, las inmunidades y las facilidades que han de otorgarse para el desempeño de las funciones de asistencia¹⁰.

16. Los tratados universales posteriores incluyen disposiciones similares. Algunos instrumentos tienen un texto idéntico al del artículo 3, apdo. *b*, de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, como el anexo X, párr. 2, del Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, o el artículo 5, párr. 3, del Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, según el cual el Estado parte requirente deberá asegurar la protección del personal, el equipo y los materiales que hayan entrado en su territorio con arreglo al Convenio. Términos similares también se han utilizado en el artículo 4, párr. 5, del Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil, que dispone en su artículo 4, apdo. *a*, que, en caso de desastre, el Estado beneficiario proporcionará protección al personal y los bienes de la unidad de protección civil del Estado solidario que preste asistencia. Por último, también debe hacerse mención de la Convención sobre la Seguridad del

Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado y su Protocolo Facultativo, que podrían ampliar su aplicación a las operaciones para prestar asistencia humanitaria de emergencia, a menos que los Estados partes hayan ejercido el derecho de renuncia en relación con las misiones realizadas con el fin exclusivo de responder a un desastre natural¹¹. El artículo 7, párr. 2, de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado estipula que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para velar por la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado. En particular, los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger al personal de las Naciones Unidas y el personal asociado desplegado en su territorio frente a los delitos enunciados en el artículo 9 (delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado). Además, en caso de emergencias complejas, las disposiciones formuladas en el contexto del derecho internacional humanitario podrían ser pertinentes a este respecto¹².

2. TRATADOS REGIONALES

17. Los tratados multilaterales regionales incluyen disposiciones concretas en el mismo sentido. En esos casos también es posible reconocer la influencia del artículo 3, apdo. *b*, de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica en la redacción de los instrumentos regionales posteriores. Varios de esos instrumentos tienden a reproducir simplemente su contenido. En términos muy próximos a los empleados en el artículo 3, apdo. *b*, esas disposiciones de los tratados piden al Estado afectado que asegure la protección del personal, el equipo y los materiales introducidos en su territorio con el fin de proporcionar asistencia externa. A este respecto, cabe mencionar las disposiciones sustancialmente idénticas incluidas en el artículo 16, párr. 5, del Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre, cuyo texto es el siguiente: «El Estado solicitante deberá asegurar la protección del personal, el equipo y los materiales que hayan entrado en su territorio con el fin de prestar asistencia en casos de desastre»; el artículo 12, párr. 2, del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia, que estipula: «El Estado requirente o receptor [...] asegurará también la protección del personal, el equipo y el material llevado a su territorio por la entidad que presta la asistencia, o en nombre de esta, con este fin»; y el artículo IX, párr. 2, del Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC, según el cual la parte solicitante deberá proporcionar, en la medida de lo posible, instalaciones y servicios locales para prestar la asistencia de manera adecuada y eficaz. Deberá también asegurar la protección del personal, el equipo y el material que hayan sido introducidos en su

¹¹ Véanse los párrafos 47 a 49 *infra*.

¹² Varias disposiciones del derecho internacional humanitario podrían también ser pertinentes a este respecto, como los artículos 70, párr. 4, y 71, párr. 2, 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 59 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV). Véanse también las normas consuetudinarias 31 y 32 en Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario*, vol. I: *Normas*, pág. 117.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 8 y 9.

territorio por la parte asistente o en su nombre con esos fines.

18. Disposiciones que tienen un objetivo similar se han incluido en otros tratados regionales como la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, que en su artículo IV, apdo. c, insta al Estado auxiliado a hacer «todo lo posible por proteger al personal, el equipo y los materiales llevados a su territorio a tales efectos por el Estado auxiliador o en nombre suyo» y en 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 en Caso de Desastre Natural o Provocado por el Hombre, cuyo artículo 8, párr. 4, dispone que la parte requirente deberá garantizar la seguridad de los miembros de los equipos de asistencia.

3. TRATADOS BILATERALES

19. Un gran número de tratados bilaterales sobre cooperación en materia de prevención y respuesta ante desastres naturales y provocados por el hombre contienen disposiciones muy similares, poniendo de relieve la obligación de proteger que tienen los Estados afectados por un desastre. En la mayoría de esos instrumentos se han utilizado fórmulas comunes. Así pues, esos tratados incluyen disposiciones en virtud de las cuales las autoridades del Estado requirente ampliarán la protección y asistencia a los equipos de emergencia o las personas que haya enviado el Estado que presta asistencia¹³. También cabe mencionar las disposiciones que exigen a la Parte contratante que solicite la asistencia garantizar la seguridad de los equipos de socorro y los expertos a título individual¹⁴ o, en general, se refieren a la necesidad de que el

¹³ Véase Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidentes graves, entre Austria y Albania (Viena, 27 de enero de 2010), art. 9, párr. 3, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2771, núm. 48807; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de catástrofe o accidentes graves, entre Austria y Suiza (Viena, 22 de marzo de 2000), art. 9, párr. 3, *ibíd.*, vol. 2176, núm. 38307, pág. 275; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidentes graves, entre Austria y la República Checa (Viena, 14 de diciembre de 1998), art. 8, párr. 3, *ibíd.*, vol. 2137, núm. 37267, pág. 207; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastres o accidentes graves, entre Austria y Liechtenstein (Viena, 23 de septiembre de 1994), art. 9, párr. 3, *ibíd.*, vol. 1901, núm. 32390, pág. 113; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Austria y la República Federal de Alemania (Salzburgo, 23 de diciembre de 1988), art. 9, párr. 3, *ibíd.*, vol. 1696, núm. 29224, pág. 61; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Francia y Suiza (Berna, 14 de enero de 1987), art. 9, párr. 4, *ibíd.*, vol. 1541, núm. 26743, pág. 285; Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Dinamarca y la República Federal de Alemania (Tønder, 16 de mayo de 1985), art. 7, párr. 3, *ibíd.*, vol. 1523, núm. 26375, pág. 95; Convenio sobre asistencia mutua en la lucha contra los desastres y accidentes, entre los Países Bajos y Bélgica (La Haya, 14 de noviembre de 1984), art. 5, párr. 3, *ibíd.*, vol. 1526, núm. 26466, pág. 27; Convenio sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Francia y Bélgica (París, 21 de abril de 1981), pág. 33, art. 7, *ibíd.*, vol. 1437, núm. 24347, párr. 3; y Convención sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Francia y la República Federal de Alemania (París, 3 de febrero de 1977), art. 7, párr. 2, *ibíd.*, vol. 1214, núm. 19561, pág. 67.

¹⁴ Acuerdo sobre cooperación y asistencia mutua en caso de desastres y otros accidentes a gran escala, entre Letonia y Hungría (Riga, 19 de noviembre de 2003), art. 5, párr. 5, *ibíd.*, vol. 2313, núm. 41334, pág. 759.

Estado afectado por un desastre garantice la seguridad¹⁵ o protección¹⁶ de los equipos de emergencia o, como alternativa, vele por su seguridad¹⁷ o garantice las condiciones de seguridad necesarias para llevar a cabo su misión¹⁸.

20. A diferencia de los tratados multilaterales, ya sean universales o regionales, a que se hace referencia en los párrafos 15 a 18 *supra*, los tratados bilaterales algunas veces no se refieren específicamente al equipo y los bienes. Sin embargo, cabe destacar que el equipo y los artículos relacionados con las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre se inscriben en el ámbito de aplicación de las disposiciones correspondientes. Esta conclusión se ve confirmada por un análisis de los artículos relativos a las definiciones y los términos utilizados en esos tratados bilaterales. En este contexto, la mención de los «equipos de emergencia» o los «equipos de socorro» tiene claramente por objeto cubrir el equipo y los bienes de socorro pertinentes. Por ejemplo, el artículo 2 del Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave de 2010 entre Austria y Albania establece que los «equipos de emergencia» son las unidades militares o civiles especializadas con el equipo y la ayuda de emergencia apropiados para prestar asistencia por el Estado auxiliante¹⁹. Esta definición, reproducida en términos similares en otros tratados, da a entender que las referencias a la protección que merecen los integrantes de una misión de socorro abarcan también el equipo y los bienes asignados a esa misión. El personal de socorro y sus bienes y equipo son indisolubles de los elementos materiales que desempeñan un papel indiscutible para contribuir a garantizar a las víctimas una recuperación rápida y eficaz.

4. OTROS INSTRUMENTOS

21. Por último, las referencias a este deber de proteger se incluyen también en instrumentos no vinculantes. Por ejemplo, la Asamblea General, en su resolución 57/150, de 16 de diciembre de 2002, «[i]nsta [...] a todos los Estados a que tomen medidas para garantizar la seguridad de los equipos internacionales de búsqueda y salvamento

¹⁵ Acuerdo sobre cooperación en materia de prevención de desastres y eliminación de sus consecuencias, entre Letonia y Ucrania (Riga, 27 de abril de 2006), art. 6, párr. 4, *ibíd.*, vol. 2619, núm. 46591, pág. 95; Acuerdo sobre cooperación en materia de prevención y respuesta ante desastres naturales y provocados por el hombre, entre Grecia y la Federación de Rusia (Atenas, 21 de febrero de 2000), art. 8.

¹⁶ Acuerdo sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave, entre Austria y Jordania (Ammán, 13 de marzo de 2004), art. 8, párr. 3, *Federal Law Gazette for the Republic of Austria* (BGBl), vol. III, núm. 119, 12 de julio de 2005; Acuerdo en materia de protección civil, prevención y gestión de situaciones de emergencia, entre Francia y la Federación de Rusia (Moscú, 18 de octubre de 1999), art. 8, *Journal officiel de la République française*, núm. 90, 15 de abril de 2001, pág. 5909; y Convenio sobre cooperación técnica y asistencia mutua en materia de protección civil, entre España y Marruecos (Rabat, 21 de enero de 1987), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1717, núm. 29861, pág. 143.

¹⁷ Tratado relativo a la asistencia recíproca en casos de desastre o accidentes graves, entre la República Federal de Alemania y la República Checa (Berlín, 19 de septiembre de 2000), art. 9, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2292, núm. 40860, pág. 291.

¹⁸ Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la prevención de catástrofes y asistencia mutua en la mitigación de sus consecuencias, entre España y la Federación de Rusia (Madrid, 14 de junio de 2000), art. 8, *ibíd.*, vol. 2153, núm. 37586, pág. 57.

¹⁹ Véase la nota 13 *supra*.

en zonas urbanas en su territorio», reafirmando así la disposición similar que ya se incluye en las Normas Modelo para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre, de 1982²⁰ del UNITAR, con arreglo a la cual el Estado receptor adoptará todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del personal de socorro designado y de todos los locales, instalaciones, medios de transporte y equipo que se utilicen en relación con las actividades de socorro.

22. Otros instrumentos no vinculantes reconocen también en términos concretos una similar esfera de acción autónoma de los Estados afectados. A este respecto, cabe mencionar las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial de la FICR:

Los Estados afectados deberían adoptar medidas apropiadas para velar por la seguridad del personal de socorro en casos de desastre y recuperación inicial de los Estados que prestan asistencia y de las organizaciones humanitarias que prestan asistencia elegibles y de los locales, instalaciones, medios de transporte, equipo y bienes utilizados en relación con su socorro en casos de desastre o la asistencia para la recuperación inicial²¹.

23. El Instituto de Derecho Internacional ha reconocido asimismo que el principio está estrictamente relacionado con el marco jurídico relativo a las situaciones de desastre, por ejemplo, en el artículo VII, párr. 3, de su resolución de 2003 sobre asistencia humanitaria, con arreglo al cual los Estados afectados deberán asegurar la protección del personal, los bienes y los servicios proporcionados²².

24. El estudio anterior justifica la conclusión de que la práctica internacional confirma la pertinencia y el carácter autónomo de la obligación de los Estados afectados de proteger al personal de socorro y sus bienes y equipo.

C. Categorías del personal de socorro pertinente y sus bienes y equipo

25. Algunas limitaciones básicas se han incorporado explícitamente en los tratados pertinentes, por ejemplo, el requisito de que el personal, los bienes y el equipo de socorro sean considerados como tales únicamente cuando hayan sido así designados por los Estados partes en el tratado. Sin embargo, las disposiciones que figuran en varios de los tratados mencionados no incluyen ni excluyen específicamente algunas otras categorías del personal de asistencia humanitaria que puede pasar a ser parte de las actividades de socorro coordinadas por el Estado afectado. En consecuencia, distintos grupos del personal de asistencia humanitaria pueden considerarse pertinentes en este contexto, como el personal civil y militar del

Estado; el personal de las organizaciones internacionales; el personal del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; y el personal de las organizaciones no gubernamentales (ONG) que participan en las actividades de asistencia de socorro dirigidas por el Estado interesado.

26. La ausencia de exclusiones específicas no puede interpretarse como una indicación de que toda persona o entidad presente en el territorio del Estado afectado, con el fin de prestar apoyo en las actividades de socorro, podría considerarse automáticamente facultada para acogerse a las disposiciones que brindan protección. Los tratados reafirman constantemente un principio básico de la asistencia humanitaria en los casos de desastre, a saber, el requisito de obtener el consentimiento del Estado afectado para la prestación de asistencia externa y la función primordial de ese Estado en la dirección, la coordinación y la supervisión de la asistencia y las actividades de socorro emprendidas tanto por los Estados que prestan asistencia como por los agentes no estatales, incluidas las organizaciones internacionales.

27. En ese contexto, es importante señalar que un buen número de las disposiciones relativas al deber de proteger se han integrado, como párrafos autónomos, en los artículos que se ocupan de la coordinación y la gestión del papel del Estado afectado con respecto a la asistencia externa. Por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia, además de reafirmar en su artículo 11, párr. 2, que la asistencia solo puede hacerse efectiva a solicitud, y con el consentimiento, de la parte requirente, dispone en su artículo 12, párr. 1, el *modus operandi* eficaz de la operación de socorro internacional. A tal efecto, es preciso que el Estado receptor ejerza la dirección y supervisión generales de la asistencia prestada en su territorio y, por otro lado, que la entidad que presta asistencia designe, en consulta con el Estado afectado, un jefe de la operación de asistencia que asuma la supervisión inmediata del personal extranjero y su equipo. En el artículo 12, párr. 2, el Acuerdo de la ASEAN establece que el Estado solicitante deberá asegurar la protección del personal, el equipo y los materiales llevados a su territorio por la «entidad que presta asistencia» o en nombre de ella, una expresión amplia destinada a incluir a los Estados, las organizaciones internacionales y cualesquiera otras entidades o personas que ofrezcan o presten asistencia a un Estado parte en el Acuerdo de la ASEAN²³. Del mismo modo, el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe pone de relieve que no se proporcionará ninguna asistencia de telecomunicaciones sin el consentimiento de la parte solicitante, y el derecho de ese Estado a dirigir, controlar, coordinar y supervisar la asistencia en materia de telecomunicaciones, a la vez que reconoce al Coordinador del Socorro de Emergencia de las Naciones Unidas como coordinador de la operación en virtud del Convenio²⁴. Al mismo tiempo, el Convenio de Tampere reconoce el derecho del Estado afectado a solicitar la asistencia de telecomunicaciones directamente a

²⁰ UNITAR, *Model Rules for Disaster Relief Operations* (Mohamed El Baradel y otros), *Policy and Efficacy Studies* núm. 8 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.82.XV.PE/8).

²¹ Directriz 22 (Seguridad), *Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial* (Ginebra, FICR, 2008), pág. 19.

²² Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre asistencia humanitaria, sesión de Brujas, art. IX, párr. 2. Véase *Annuaire*, vol. 70, t. 1 (2002–2003), págs. 399 a 576, y vol. 70, t. II (2003), págs. 133 a 250. Véase también el párrafo 20, apdo. c, del proyecto de directrices internacionales para las operaciones de asistencia humanitaria, elaborado por Peter MacAlister-Smith (Heidelberg, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 1991).

²³ Art. 1, párr. 1: «Por “entidad que presta asistencia” se entiende un Estado, organización internacional o cualquier otra entidad o persona que ofrece o presta asistencia a una Parte receptora o a una Parte requirente en situaciones de emergencia ocasionadas por desastres».

²⁴ Arts. 2 y 4.

organizaciones intergubernamentales y entidades no estatales, término que se define en su artículo 1, párr. 10, como incluyente de las ONG y el Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En consecuencia, la aplicación del artículo 5, párr. 3, del Convenio de Tampere, la disposición relativa a la protección del personal, el equipo y los bienes involucrados en la misión internacional, puede ampliarse para abarcar a todos los agentes que participan en el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro.

28. Un enfoque similar se refleja en una serie de instrumentos internacionales multilaterales enmarcados en una estructura similar. En particular, hacen hincapié en la necesidad de que los agentes externos obtengan el consentimiento del Estado afectado a fin de poder prestar asistencia, así como en el papel principal de ese Estado para coordinar a los agentes internacionales que prestan apoyo y, por último, el deber del Estado afectado de asegurar la protección del personal de socorro en casos de desastre y de sus bienes y equipo. Cabe citar en este sentido, por ejemplo, los artículos II y IV de la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre; los artículos 2 y 4 de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica; y los artículos III y IX del Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC.

29. El objetivo de la obligación de protección consagrada en los tratados internacionales mencionados consiste en inducir a los Estados a que actúen con la debida diligencia, haciendo todo lo posible por garantizar la seguridad de los agentes humanitarios cuyo apoyo ha sido aceptado y es supervisado por las autoridades gubernamentales del Estado afectado. Como se verá más adelante, ese enfoque amplio es pertinente para el adecuado cumplimiento de la obligación. Las autoridades locales están, de hecho, en mejores condiciones para evaluar los riesgos de seguridad que podría correr el personal de socorro internacional, cooperar con él para hacer frente a los problemas de seguridad y coordinar las actividades de los agentes externos, teniendo en cuenta esos problemas. Por otra parte, dichas autoridades son las que puede desempeñar el inherente papel primordial de establecer un marco de seguridad adecuado para el desempeño de las actividades de socorro.

30. El enfoque anteriormente descrito está en consonancia con el conjunto de proyectos de artículos sobre este tema aprobados hasta la fecha, que se basan en los principios fundamentales de soberanía y no intervención del derecho internacional. Cabe mencionar en este sentido el proyecto de artículo 11, que supedita la prestación de asistencia externa a un régimen de consentimiento del Estado afectado, así como el proyecto de artículo 9, que subraya que el Estado afectado desempeña el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de las actividades de socorro y la asistencia, a fin de cumplir su deber de proteger a las personas afectadas por los desastres y prestar asistencia de socorro, en consonancia con los principios y normas del derecho internacional codificados y elaborados por la Comisión en el presente proyecto. Desde esa perspectiva, por lo tanto, la protección del personal de socorro en casos de desastre, sus bienes y equipo constituye otro elemento clave para que el

Estado afectado pueda cumplir plenamente su obligación primordial enunciada en el proyecto de artículo 9.

31. A fin de determinar mejor el alcance del deber de proteger a los efectos del presente proyecto, hay que prestar atención también a otra de las disposiciones ya aprobadas, en particular el proyecto de artículo 12. Este artículo hace referencia a una serie de agentes (Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales y las ONG pertinentes) que pueden desempeñar un papel complementario en la respuesta a los desastres, ofreciendo su asistencia por medio de algunas de las formas de cooperación previstas en el proyecto de artículo 5 *bis*. Las medidas así adoptadas podrían plasmarse en la provisión de personal, equipo y suministros de socorro, así como recursos médicos y científicos y técnicos.

32. En consecuencia, una vez que el Estado afectado haya aceptado las ofertas de asistencia presentadas por los agentes externos competentes y considere que esas entidades externas, ya sean Estados o entes de otro tipo, son capaces de apoyar sus propias actividades de socorro, se esforzará por garantizar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro involucrados. En consecuencia, teniendo en cuenta el proyecto de artículo 12, el personal de socorro que se beneficiaría de incluir en el presente proyecto de artículos una disposición expresa para garantizar su protección puede ser el personal civil y militar de un Estado, el personal de las organizaciones internacionales, el personal del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o el personal asignado a las ONG pertinentes.

33. La protección de los bienes y el equipo pertenecientes a esas entidades, que deben utilizarse en relación con su participación en las operaciones de socorro en casos de desastre y la asistencia para la recuperación inicial, también es pertinente en este contexto. El término «equipo y materiales», que es el único a que se hace referencia por lo general en los textos pertinentes, debe interpretarse en forma amplia como incluyente de los artículos que son necesarios para el éxito de la operación de que se trate. En su uso común, «equipo» describe los objetos requeridos por el personal de socorro para poder cumplir eficazmente su función de asistencia, como radios y vehículos, mientras que «materiales», o términos análogos, denota los suministros destinados a su distribución entre las víctimas de un desastre, con el fin de asistir en su socorro y recuperación inicial, como bienes de primera necesidad. Por ejemplo, el artículo 2 del Acuerdo entre Austria y Jordania sobre asistencia mutua en casos de desastre o accidente grave de 2004²⁵ dispone que por «equipo» se entenderán los materiales necesarios para la tarea, en particular servicios técnicos, medios de transporte y perros de rescate, y los bienes utilizados para las propias necesidades. Por «artículos de socorro» se entenderán los bienes destinados a su entrega gratuita a las personas afectadas que vivan en el Estado requirente. Asimismo, el artículo 2 del Acuerdo entre Letonia y Ucrania sobre cooperación y asistencia mutua en casos de desastre y otros accidentes a gran escala de 2003²⁶ dispone que, a los efectos del Acuerdo, «equipo» se refiere a los materiales, los servicios técnicos

²⁵ Véase la nota 16 *supra*.

²⁶ Véase la nota 15 *supra*.

y de transporte, los medicamentos, el equipo médico y los botiquines de los miembros del equipo de asistencia o los expertos; «bienes de asistencia» son los recursos materiales asignados para su distribución gratuita entre la población afectada por desastres. Ya se hace referencia a esos objetos en el proyecto de artículo 14, párr. 1, apdo. *b*, del presente proyecto, que menciona «los bienes y el equipo» involucrados en la operación de asistencia. En el comentario correspondiente se ha descrito que el término comprende «todos los suministros, herramientas, máquinas, alimentos, medicamentos y demás objetos necesarios para las operaciones de socorro»²⁷. Lógicamente, los objetos así incluidos en la lista no exhaustiva que figura en el proyecto de artículo 14, párr. 1, apdo. *b*, podrían asimismo formar parte del ámbito de aplicación de un posible proyecto de artículo sobre el deber de proteger al personal, el equipo y los bienes de socorro. A fin de mantener la uniformidad de la terminología en el presente proyecto, el Relator Especial ha utilizado la expresión «bienes y equipo», en lugar de la expresión más común «materiales y equipo» empleada en los tratados internacionales y documentos relacionados con este tema.

34. Aun cuando las disposiciones estándar de los tratados que se ocupan de esta cuestión hacen referencia al «equipo y los materiales que hayan entrado» en el territorio del Estado afectado, hay que reconocer que los agentes humanitarios pueden tener que recurrir al mercado local para la adquisición de objetos que se utilizan en las actividades de socorro. En consecuencia, independientemente de su origen, esos bienes y equipo también requieren la protección del Estado afectado.

D. Medidas que han de adoptar los Estados afectados para cumplir su deber de proteger al personal de socorro y sus bienes y equipo

35. Las medidas que deben adoptar los Estados afectados para cumplir su deber de proteger al personal de socorro, sus bienes y equipo, pueden diferir en su contenido e implicar diferentes formas de comportamiento de los Estados.

36. Un requisito preliminar de los Estados afectados por un desastre es respetar el aspecto negativo de esa obligación, a fin de evitar que los órganos estatales participen directamente en actividades perjudiciales para el personal de socorro y sus bienes y equipo. En este sentido, se trata de una obligación de resultado con un contenido claro, aunque su cumplimiento puede ser bastante hipotético, ya que cabe esperar que los Estados afectados por un desastre asumirán de manera positiva su compromiso de garantizar la seguridad de los agentes internacionales a los que han permitido participar en las actividades de socorro en su territorio.

37. El cumplimiento de la obligación mediante la adopción de medidas positivas que cabe inferir del deber de proteger plantea cuestiones más complejas. En particular, los riesgos de seguridad para el personal de socorro en casos de desastre pueden proceder principalmente de las actividades de agentes no estatales que traten de

beneficiarse de la inestabilidad en las condiciones de seguridad creada por los desastres, a fin de enriquecerse ilícitamente con las actividades delictivas llevadas a cabo contra el personal de socorro en casos de desastre y sus bienes y equipo, o participando deliberadamente en actos perjudiciales dirigidos contra ellos por el mero hecho de formar parte de misiones internacionales.

38. A fin de evitar que las personas realicen actividades perjudiciales de ese tipo a título individual, los Estados afectados deben demostrar la debida diligencia en la adopción de las medidas preventivas necesarias para tratar de alcanzar el objetivo perseguido por la obligación internacional. El deber de proteger al personal, los bienes y el equipo de socorro en casos de desastre, por lo tanto, puede calificarse como una obligación de comportamiento y no de resultado, lo que exige que los Estados actúen de una manera razonablemente prudente y diligente para garantizar la protección intentando evitar actos perjudiciales.

39. La caracterización de esta obligación como una obligación de comportamiento ha sido confirmada por los instrumentos internacionales relacionados con el deber de proteger al personal de socorro en casos de desastre y sus bienes y equipo. Cabe mencionar en este sentido la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, que exige al Estado auxiliado hacer «todo lo posible por proteger al personal, el equipo y los materiales llevados a su territorio a tales efectos por el Estado auxiliador o en nombre suyo» (art. IV, apdo. *c*). Del mismo modo, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado establece en su artículo 7, párr. 2, que «los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para velar por la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado. En particular, los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger al personal de las Naciones Unidas y el personal asociado desplegado en su territorio» de una serie de delitos previstos en la Convención. Referencias adicionales se pueden encontrar en algunos tratados bilaterales, como el artículo 2, párr. 3, del Acuerdo entre Suiza y la Federación de Rusia sobre la cooperación en el ámbito de la respuesta humanitaria rápida a los desastres naturales y provocados por el hombre y la cooperación internacional para el desarrollo²⁸, según el cual, en caso de necesidad, las partes deberán proporcionar todo el apoyo posible y la debida protección al personal de socorro y sus bienes y equipo. Otros documentos hacen claramente hincapié en el carácter de tales disposiciones como obligaciones de comportamiento. Por ejemplo, de conformidad con la norma 17 de las Normas Modelo del UNITAR, el Estado receptor deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del personal de socorro designado y de todos los locales, instalaciones, medios de transporte y equipo que se utilicen en relación con las actividades de socorro. En el mismo orden de ideas, la directriz 22 de las Directrices

²⁷ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 5 del comentario al proyecto de artículo 14.

²⁸ Acuerdo entre la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación y el Ministerio de Defensa Civil, Situaciones de Emergencia y Eliminación de las Consecuencias de los Desastres Naturales de la Federación de Rusia sobre la cooperación en el ámbito de la respuesta humanitaria rápida a los desastres naturales y provocados por el hombre y la cooperación internacional para el desarrollo (Berna, 21 de septiembre de 2009), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2641, núm. 47040, pág. 89.

de la FICR hace referencia a «medidas apropiadas para velar por la seguridad del personal de socorro en casos de desastre y recuperación inicial [...] y las instalaciones, medios de transporte, equipo y bienes utilizados en relación con su socorro en casos de desastre o la asistencia para la recuperación inicial»²⁹.

40. Las obligaciones de comportamiento exigen a los Estados esforzarse por lograr el objetivo de la obligación de que se trate, en lugar de tener éxito en su cumplimiento. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el fallo *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, al calificar el deber de prevenir el genocidio como una obligación de comportamiento,

un Estado no puede estar obligado a tener éxito, cualesquiera que sean las circunstancias, para prevenir la comisión de actos de genocidio: la obligación de los Estados partes es, más bien, emplear todos los medios razonablemente a su disposición a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque no se logra el resultado deseado³⁰.

41. Las medidas que deben adoptar los Estados para hacer todo lo que esté en su mano por lograr el objetivo previsto dependen, por consiguiente, del contexto. Según la Corte Internacional de Justicia, el contenido del deber de prevenir varía de un instrumento a otro, según la redacción de las disposiciones pertinentes, y depende de la naturaleza de los actos que han de prevenirse³¹. Las obligaciones de comportamiento dejan a los Estados un margen de apreciación sobre las medidas que han de adoptar, ya que suelen carecer de una indicación precisa de los medios para lograr el resultado perseguido, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes. Por lo tanto, con respecto a las obligaciones positivas relacionadas con el derecho a la vida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que

no debe imponerse una carga imposible o desproporcionada a las autoridades sin tomar en consideración, en particular, las opciones operacionales que deben hacer en materia de prioridades y recursos [...]; ello se debe al amplio margen de apreciación que tienen los Estados, como el Tribunal ha defendido anteriormente, en las difíciles esferas técnica y social [...]. Esta consideración debe recibir mayor peso en el ámbito del socorro de emergencia³².

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, a fin de determinar si Nicaragua había incumplido su obligación de diligencia debida para prevenir el tráfico de armas, a través de su territorio, con destino a El Salvador, tuvo en cuenta varias circunstancias tales como los limitados medios de que disponía el Gobierno, el carácter intrínseco de las actividades ilegales privadas clandestinas en su territorio y los obstáculos geográficos presentes en las zonas pertinentes³³. Estas obligaciones también pueden

²⁹ Véase la nota 21 *supra*.

³⁰ Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 221, párr. 430. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 195.

³¹ *Ibid.*, pág. 220, párr. 429.

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boudaïeva et autres c. Russie*, sentencia de 20 de marzo de 2008, *Recueil des arrêts et décisions 2008-II*, págs. 332 y 333, párr. 135.

³³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fallo, fondo, *C.I.J. Recueil 1986*, págs. 83 a 85, párrs. 155 a 157; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

asumir un carácter dinámico de acuerdo con la evolución de la situación, tal como afirmó la Comisión en relación con otras esferas del derecho internacional. Por ejemplo, en el comentario al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001, la Comisión señaló que

[l]o que se considera como un grado razonable de cuidado o de diligencia puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura³⁴.

En lo que respecta a las situaciones de desastre, una serie de circunstancias podrían ser pertinentes para evaluar la idoneidad de las medidas que se adopten en cumplimiento del deber de proteger, como las dificultades del Estado para desempeñar sus actividades ordinarias debido a la caótica situación creada por el desastre y la actitud o el comportamiento de los actores humanitarios que participan en las operaciones de socorro, así como las circunstancias imperantes que afectan a la zona de operaciones correspondiente.

42. Al mismo tiempo, cabe hacer hincapié en la conveniencia de evaluar los riesgos de seguridad teniendo presente el carácter amplio de las misiones de socorro y la necesidad de garantizar a las víctimas una respuesta adecuada y eficaz al desastre. Puesto que los Estados solo están obligados a cumplir con una obligación de comportamiento y no de resultado, el deber de proteger no debe malinterpretarse en el sentido de que entraña la creación de obstáculos excesivos y desproporcionados a las actividades de socorro llevadas a cabo por los agentes humanitarios competentes. En este sentido, se debe prestar atención al artículo 14 del presente proyecto, que exige a los Estados adoptar las medidas necesarias para facilitar la libertad de circulación del personal de socorro. Como bien reconoció la Comisión en su comentario a dicho proyecto de artículo,

[l]os Estados afectados pueden restringir el acceso a determinadas zonas sensibles y dar al mismo tiempo libertad dentro de la zona de que se trate. La restricción innecesaria de la circulación del personal de socorro inhibe la capacidad de los trabajadores para prestar una asistencia flexible³⁵.

43. Además, en lo que respecta a las posibles medidas que cabría adoptar a este respecto, se debe subrayar que la posibilidad de utilizar escoltas armadas en las operaciones de socorro en casos de desastre debe evaluarse de acuerdo con las mejores prácticas desarrolladas en esta esfera por los principales agentes operacionales humanitarios. A ese respecto, merecen especial atención las directrices no vinculantes del Comité Permanente entre Organismos sobre la utilización de escoltas armadas para los convoyes humanitarios, que tratan de ayudar a los actores competentes a tomar una decisión muy delicada, teniendo plenamente en cuenta los principios humanitarios y la seguridad de las operaciones humanitarias. Como se explica en ese documento,

[p]or norma general los convoyes humanitarios *no* utilizarán escoltas armadas.

³⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 165, párr. 98, párr. 11 del comentario al proyecto de artículo 3.

³⁵ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 14.

Sin embargo, puede haber circunstancias excepcionales en que el empleo de escoltas armadas sea necesario como «último recurso» para posibilitar la acción humanitaria. Antes de tomar una decisión sobre dichas excepciones, se considerarán las consecuencias y las posibles alternativas a la utilización de escoltas armadas³⁶.

Esta conclusión está aún más justificada por el hecho de que las inquietudes en materia de seguridad imperantes en las situaciones de desastre suelen ser mucho menos graves que las de las situaciones relacionadas con la prestación de asistencia en conflictos armados u otros supuestos de alto riesgo.

44. En este contexto, cabe señalar que una serie de tratados que se ocupan de la asistencia en casos de desastre tienden a excluir expresamente la posibilidad de que el personal militar extranjero que participa en el socorro en casos de desastre garantice la seguridad del personal restante involucrado en esas actividades, ya que este es un deber reservado a las fuerzas militares y policiales del Estado afectado³⁷. Esta limitación puede inferirse de otras disposiciones de los tratados que proscriben el uso de armas al personal militar extranjero que presta servicios en misiones de socorro³⁸. Sin embargo, en presencia del consentimiento expreso manifestado genuinamente por el Estado afectado, en particular en cumplimiento de un mandato específico dictado por órganos internacionales competentes, como el Consejo de Seguridad, a los efectos del presente proyecto de artículos no se puede excluir la posibilidad de que agentes diferentes de las fuerzas policiales y militares del gobierno anfitrión garanticen asimismo esa protección para el personal de socorro en casos de desastre y sus bienes y equipo. En consecuencia, esta última opción también se puede prever, siempre que concuerde con los principios y normas codificados y elaborados hasta la fecha.

45. Además, los agentes humanitarios internacionales pueden contribuir al logro del objetivo buscado,

³⁶ IASC *Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys*, 27 de febrero de 2013, pág. 3, disponible en <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Armed%20Escort%20Guidelines%20-%20Final.pdf>.

³⁷ Véase el Acuerdo entre la República Argentina y la República del Perú sobre cooperación en materia de desastres (Buenos Aires, 11 de junio de 2004), art. 7, párr. 2 (*Boletín Oficial de la República Argentina*, 25 de agosto de 2006, núm. 30976, pág. 5). Véase también el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Chile sobre cooperación en materia de catástrofes (Santiago, 8 de agosto de 1997), art. 7, párr. 3, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, núm. 48880.

³⁸ Véase el artículo 12, párr. 2, del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia; y el artículo IX, párr. 2, del Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC. Véase también, Consejo de Europa, Recomendación Rec (2002)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre cooperación transfronteriza en materia de protección civil y asistencia mutua en casos de desastre natural y tecnológico en zonas fronterizas, párr. 13 («cuando los servicios de emergencia deban incluir unidades militares o paramilitares, el Estado remitente deberá cuidarse de que estos intervengan sin armas, con sujeción a acuerdos específicos con el Estado requirente, en especial en lo que se refiere a la protección del personal y el equipo enviados»); OCAH, *Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre*, revisadas el 1 de noviembre de 2007, (Directrices de Oslo), párr. 29 («En principio, los efectivos de defensa militar y civil extranjeros desplegados en una misión de socorro de resultas de un desastre irán desarmados y vestirán sus uniformes nacionales. La responsabilidad general de proporcionar seguridad suficiente a los RMDC [recursos militares y de la defensa civil] extranjeros autorizados incumbirá al Estado afectado»).

adoptando una serie de medidas de mitigación con miras a reducir su vulnerabilidad ante las amenazas a la seguridad. La obligación de diligencia de los agentes humanitarios competentes para con su personal desplegado en misiones internacionales peligrosas se inscribe, obviamente, en los deberes generales que les incumben. Baste recordar la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en 1949, cuando afirmó que

la Organización podría juzgar necesario confiar a sus agentes el desempeño de importantes misiones en partes problemáticas del mundo. [...] Tanto para asegurar el desempeño eficiente e independiente de esas misiones como para brindar un apoyo eficaz a sus agentes, la Organización debe proporcionarles una protección adecuada³⁹.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, las medidas consiguientes serán tomadas principalmente por el Secretario General, como se indica en el Estatuto del Personal de las Naciones Unidas⁴⁰. Con arreglo a la cláusula 1.2, apdo. c:

Los funcionarios están sometidos a la autoridad del Secretario General [...]. Al ejercer esta autoridad, el Secretario General deberá asegurarse, habida cuenta de las circunstancias, de que se adopten todas las medidas necesarias para velar por la seguridad del personal que desempeñe las funciones que se le hayan confiado.

Ese empoderamiento ha sido confirmado por varias resoluciones de la Asamblea General relativas a la seguridad del personal de asistencia humanitaria y la protección del personal de las Naciones Unidas. Por ejemplo, en su resolución más reciente sobre el tema, la Asamblea General pidió al Secretario General, entre otras cosas,

que siga tomando las medidas necesarias para que el personal de las Naciones Unidas y demás personal [...] esté debidamente informado sobre las normas mínimas de seguridad operacional y los códigos de conducta aplicables y realice sus actividades de conformidad con ambos, esté debidamente informado sobre las condiciones en que habrá de actuar y las normas que habrá de cumplir [...] y se le imparta suficiente capacitación en materia de seguridad a fin de mejorar su seguridad y eficacia en el desempeño de sus funciones, y reafirma la necesidad de que todas las demás organizaciones humanitarias presten un apoyo análogo a su personal⁴¹.

Este deber de diligencia, en el contexto específico de las operaciones de socorro en casos de desastre, también ha sido reafirmado en las Directrices de la FICR, en cuya directriz 22 se dispone que «[l]os Estados y las organizaciones humanitarias que prestan asistencia deberían también tomar medidas apropiadas en su propia planificación y operaciones para mitigar los riesgos de seguridad»⁴².

46. A pesar de las medidas preventivas que puedan ser adoptadas por los agentes pertinentes, se pueden cometer actos perjudiciales contra el personal de socorro, su equipo y sus bienes. Estas actividades ilícitas deben ser juzgadas por el Estado afectado ejerciendo su competencia inherente para reprimir los delitos cometidos dentro

³⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil* 1949, pág. 183; véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 10.

⁴⁰ Estatuto del Personal de las Naciones Unidas y Reglamento provisional del Personal, *Boletín del Secretario General* (ST/SGB/2009/7).

⁴¹ Resolución 67/85 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2012, párr. 20. En los párrafos 19 a 36 de la resolución también se prevé una serie de medidas adicionales.

⁴² Véase la nota 21 *supra*.

de su jurisdicción. Como se indica en la resolución sobre asistencia humanitaria de 2003 del Instituto de Derecho Internacional, en caso de ataques contra el personal, las instalaciones, los bienes o los vehículos de una operación de asistencia humanitaria, «los acusados serán enjuiciados ante un tribunal nacional o internacional competente»⁴³.

47. A este respecto, también podrían desempeñar un útil papel para los Estados partes la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado y su Protocolo Facultativo. Este tratado exige a los Estados partes garantizar la seguridad de las categorías de personal indicadas en el artículo 2, párrs. 1 y 2, y reprimir determinados delitos enumerados en la Convención, sobre la base de un enfoque consistente en extraditar o juzgar. Sin embargo, a fin de poner en práctica esas disposiciones, el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado deben participar en una de las misiones señaladas en el artículo 1, apdo. c, de la Convención o en el artículo II del Protocolo Facultativo. El artículo 1, apdo. c, de la Convención estipula lo siguiente:

Por «operación de las Naciones Unidas» se entenderá una operación establecida por el órgano competente de las Naciones Unidas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y realizada bajo la autoridad y el control de las Naciones Unidas:

i) Cuando la operación esté destinada a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales; o

ii) Cuando el Consejo de Seguridad o la Asamblea General haya declarado, a los efectos de la presente Convención, que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal que participa en la operación.

48. Con arreglo a lo dispuesto en la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, su aplicabilidad en favor del personal de socorro humanitario en respuesta a un desastre está limitada por el requisito de que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General declaren que existe un riesgo excepcional. Sin embargo, hasta la fecha esas declaraciones no han sido formuladas por ninguno de los órganos competentes de las Naciones Unidas.

⁴³ Art. IX, párr. 2 (véase la nota 22 *supra*).

49. El Protocolo Facultativo, en su artículo II, extiende la aplicación de la Convención, sin el requisito añadido de una declaración de riesgo excepcional, a las operaciones destinadas a:

a) Prestar asistencia humanitaria, política o para el desarrollo en la consolidación de la paz; o

b) Prestar asistencia humanitaria de emergencia.

Si bien esta segunda posibilidad sería pertinente para una serie de misiones realizadas en el marco de la respuesta en casos de desastre, el Estado anfitrión está autorizado con arreglo al artículo II, párr. 3, del Protocolo Facultativo a declarar al Secretario General que no aplicará sus disposiciones respecto de

una operación en virtud del apartado b del párrafo 1 del artículo II que se realice con el fin exclusivo de responder a un desastre natural. Dicha declaración se formulará antes del despliegue de la operación.

Por consiguiente, un Estado afectado podría hacer referencia a la citada cláusula relativa a las operaciones de respuesta a los desastres a fin de no aplicar el Protocolo Facultativo ni la Convención al desastre que nos ocupa. Sin embargo, cabe destacar que, hasta la fecha, los Estados partes no han utilizado esa posibilidad de exclusión.

Propuesta de un nuevo proyecto de artículo

50. A la luz de lo antedicho, el Relator Especial considera justificada la inclusión en el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre de un nuevo proyecto de artículo sobre la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro en casos de desastre. El proyecto de artículo propuesto, que se incorporará provisionalmente como proyecto de artículo 14 *bis*, tendría el siguiente texto:

«Proyecto de artículo 14 bis. Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro

El Estado afectado deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro presentes en su territorio con el fin de proporcionar asistencia externa.»

CAPÍTULO III

Disposiciones generales

51. Como en el caso de los proyectos preparados por la Comisión sobre otros temas, el presente proyecto debe completarse con algunas cláusulas generales o de salvaguardia relativas a su interrelación con otras normas de derecho internacional aplicables en situaciones de desastre. Esas cláusulas pueden contribuir efectivamente a delimitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

A. Relación con las normas especiales de derecho internacional

52. En su memorando de 2007 sobre el tema «Protección de las personas en casos de desastre»⁴⁴, la Secretaría

identificó más de 200 instrumentos jurídicos internacionales que abordaban diversos aspectos de la prevención de desastres y la respuesta a ellos o eran, en términos más generales, pertinentes para la protección de las personas en casos de desastre. Se ha hecho referencia a otros tratados multilaterales y bilaterales pertinentes en los seis informes presentados sucesivamente por el Relator Especial desde 2008, en particular en su sexto informe⁴⁵. De hecho, la cooperación internacional en la prestación de asistencia de socorro en casos de desastre, así como en

⁴⁴ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3.

⁴⁵ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/662, párrs. 70 a 112. La FICR mantiene una base de datos actualizada de los instrumentos pertinentes, disponible en <http://www.ifrc.org/es/publicaciones/disaster-law-database/>. Véase también de Guttry, «Surveying the law».

las actividades de preparación, prevención y mitigación de desastres, se ha vuelto más frecuente en la actualidad, lo que ha dado lugar a una mayor densidad normativa en esta esfera. Además, varios ámbitos especializados del derecho internacional deben tenerse en cuenta para evaluar el alcance exacto de los derechos y deberes de los Estados y de otros agentes en relación con la prevención y la gestión de los desastres⁴⁶. De ahí la necesidad de una disposición tendiente a armonizar el presente proyecto de artículos con otras normas de derecho internacional.

53. A fin de buscar orientación en la elaboración de una disposición de ese tipo, es necesario examinar los instrumentos vigentes que, al igual que el presente proyecto de artículos, abordan las cuestiones de la prevención de desastres y la respuesta a ellos desde una perspectiva general. Esos instrumentos se refieren normalmente a una amplia gama de cuestiones, lo que puede generar discordancias con otras normas más especializadas del derecho internacional. En aras de la exhaustividad, el presente estudio también incluirá instrumentos de derecho no vinculante y otros documentos preparados y aprobados por órganos de expertos.

1. TRATADOS UNIVERSALES

54. Centrándonos en primer lugar en los tratados universales, existen actualmente dos instrumentos sectoriales en vigor que contienen normas generales encaminadas a regular la prestación de asistencia humanitaria internacional: el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe; y el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil.

55. Aunque se refiere exclusivamente a la prestación de asistencia de telecomunicaciones, el Convenio de Tampere establece normas sobre una serie de aspectos pertinentes para las actividades de los agentes de socorro extranjeros (consentimiento, prerrogativas e inmunidades, terminación de la asistencia, costos, obstáculos reglamentarios, entre otros). A fin de abordar las posibles tensiones con otras normas de derecho internacional, se incluyó una disposición en virtud de la cual el Convenio «no afectará a los derechos y obligaciones de los Estados Partes derivados de otros acuerdos internacionales o del derecho internacional»⁴⁷.

56. El Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil tiene por objetivo propiciar la cooperación entre los servicios de protección civil «en materia de prevención, previsión, preparación, intervención y gestión tras la crisis»⁴⁸, estableciendo los principios según los cuales deben llevarse a cabo todas las operaciones de asistencia. Al describir su relación con otras normas internacionales, el Convenio establece que «no menoscaba las

demás obligaciones que asumen los Estados Partes en el ámbito del derecho internacional»⁴⁹.

57. Otros tratados abiertos a la participación universal tienen por objeto regular de manera amplia los derechos y obligaciones de los Estados partes para prevenir y afrontar situaciones de emergencia provocadas por actividades humanas específicas⁵⁰. Por lo tanto, es conveniente incluirlos en el presente estudio.

58. Entre ellos se cuenta el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990, que establece obligaciones detalladas para garantizar la adopción de medidas prontas y eficaces para reducir al mínimo los daños que puedan derivarse de esos incidentes. El artículo 10 del Convenio estipula:

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio se interpretará en el sentido de que modifica los derechos u obligaciones adquiridos por las Partes en virtud de otros convenios o acuerdos internacionales.

Una disposición idéntica figura en el Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 2000⁵¹.

59. Del mismo modo, la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica establece en el artículo 12 que:

La presente Convención no afectará a las obligaciones ni a los derechos recíprocos que tengan los Estados Parte en virtud de los acuerdos internacionales existentes que se relacionen con los asuntos que abarca la presente Convención o en virtud de futuros acuerdos internacionales concertados en conformidad con el objeto y la finalidad de la presente Convención.

2. TRATADOS REGIONALES

60. Varios instrumentos regionales también abarcan cuestiones similares que se tratan en el presente proyecto de artículos y tienen un ámbito de aplicación similar, tanto *ratione materiae* como *ratione temporis*. La mayoría de esos documentos contienen cláusulas que regulan su relación con otros tratados y otras normas de derecho internacional general que tienen el mismo alcance.

61. 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 en Caso de Desastre Natural o Provocado por el Hombre, dispone que el acuerdo no afectará a los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en otros acuerdos internacionales⁵².

62. Uno de los tratados más recientes y amplios aprobados a nivel regional es el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia. El tratado, «que refleja gran número de ideas contemporáneas sobre la mitigación de desastres y la reducción de

⁴⁶ Para un estudio exhaustivo de los distintos ámbitos del derecho internacional correspondiente, véase FICR, *Law and legal issues in international disaster response: a desk study*, págs. 33 a 82. Véase también Venturini, «International disaster response law in relation to other branches of international law».

⁴⁷ Art. 10.

⁴⁸ Art. 4.

⁴⁹ Art. 5.

⁵⁰ Para una lista amplia, véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 46.

⁵¹ Art. 9.

⁵² Art. 22.

riesgos»⁵³, es de carácter general y abarca una amplia gama de cuestiones. Según una de sus cláusulas, sus disposiciones «no afectarán en modo alguno a los derechos y obligaciones de los Estados partes respecto de los tratados, convenciones o instrumentos vigentes en que sean partes»⁵⁴.

63. El acuerdo regional más reciente relativo a la asistencia externa en situaciones de desastre es el Acuerdo sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales de la SAARC. El objetivo del tratado es ofrecer mecanismos regionales eficaces para dar una respuesta rápida a los desastres con objeto de lograr una reducción considerable de pérdidas de vidas y del patrimonio social, económico y ambiental de las partes en caso de desastre y responder conjuntamente a las situaciones de emergencia causadas por desastres mediante la concertación de los esfuerzos nacionales y la intensificación de la cooperación regional⁵⁵; sus disposiciones abarcan una gran variedad de actividades relacionadas con la respuesta a los desastres. El artículo XVII del Acuerdo dice lo siguiente:

El presente Acuerdo no afectará a los derechos y obligaciones de las Partes en virtud de otros tratados, convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean partes.

64. Un enfoque diferente se adopta en la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, en la que se estipula lo siguiente:

En caso de discrepancia entre la presente Convención y otros acuerdos internacionales en que sean parte el Estado auxiliador y el Estado auxiliado prevalecerá la disposición que facilite con mayor amplitud el auxilio en caso de desastre y favorezca el apoyo y protección al personal que presta tal auxilio⁵⁶.

3. OTROS INSTRUMENTOS

65. Otro texto importante es el proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia, que se elaboró a principios de la década de 1980 por iniciativa del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre⁵⁷ y contiene disposiciones similares a las del presente proyecto de artículos. El artículo 29 (Aplicación de otros acuerdos sobre asistencia de emergencia) dice lo siguiente:

1. La presente Convención no afectará a la aplicabilidad de otros acuerdos concertados por una de las Partes en ella antes de su entrada en vigor.

2. La entrada en vigor de la presente Convención no impedirá que una de las Partes en ella concierte posteriormente otros acuerdos sobre asistencia de emergencia, siempre que no resulten afectados los derechos y las obligaciones de los demás Estados y organizaciones que apliquen las disposiciones de la Convención.

66. También es de interés para el presente estudio la ya mencionada resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 2003.

⁵³ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 157, documento A/CN.4/598, párr. 34.

⁵⁴ Art. 30.

⁵⁵ Art. II.

⁵⁶ Art. XV.

⁵⁷ A/39/267/Add.2–E/1984/96/Add.2. El Consejo Económico y Social, entidad a la que fue presentado, decidió no tomar ninguna medida ulterior sobre la iniciativa.

Al igual que el presente proyecto de artículos, la resolución tiene por objeto ofrecer orientación general sobre los derechos y obligaciones de los Estados en situaciones de desastre natural o causado por el hombre. La relación entre la resolución y otras normas de derecho internacional se expone en el artículo X:

La presente resolución se entiende sin perjuicio de:

a) Los principios y normas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y los Protocolos Adicionales de 1977^[58]; y,

b) Las normas de derecho internacional que regulan la asistencia humanitaria en situaciones concretas.

67. Ese breve estudio sugiere que, cuando los Estados y los órganos de expertos han procedido a reglamentar la relación entre, por una parte, un instrumento relacionado con los desastres con un amplio ámbito de aplicación y abordando múltiples cuestiones y, por otra parte, los tratados u otras normas de derecho internacional con un eje más específico, la solución prevalente ha sido dar primacía a esta última categoría de normas.

68. Esa opción es probablemente la más acorde con el propósito del presente proyecto de artículos que se enuncia en el proyecto de artículo 2, a saber, «facilitar una respuesta adecuada y eficaz a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos». Muchas de las disposiciones ya incluidas en el presente proyecto establecen normas generales relativas a la cooperación internacional en casos de desastre, por lo que sería incongruente darles un valor de primacía sobre normas más específicas que figuran en tratados bilaterales o multilaterales (vigentes o futuros). Habida cuenta de que esas categorías de tratados normalmente enuncian las obligaciones de los Estados partes, su aplicación respondería mejor a los intereses de las personas afectadas por un desastre. Evidentemente, no cabe esperar que los Estados celebren acuerdos bilaterales o multilaterales con disposiciones contrarias a los principios generales del derecho internacional consagrados en el presente proyecto de artículos.

69. El enfoque anteriormente descrito tiene el mérito de preservar las normas más estrictas que puedan haber sido establecidas por medio de acuerdos especializados, a fin de que no exista ningún conflicto entre el presente proyecto de artículos y los tratados que establecen dichas normas. El mismo enfoque también permitiría regular los posibles conflictos entre el presente proyecto de artículos y las normas del derecho consuetudinario con un alcance análogo. No obstante, cabe destacar que la aplicación de esas normas especiales no puede desplazar la aplicabilidad del presente proyecto de artículos, en la medida en que estos abarcan cuestiones que no se abordan en dichas normas⁵⁹.

⁵⁸ Cabe observar que la resolución incluye asimismo a los conflictos armados en su definición de «desastre» (*Annuaire* (nota 22 *supra*), art. I).

⁵⁹ Sobre la relación entre las normas generales y especiales de derecho internacional, véanse las conclusiones de la Comisión sobre la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión

70. A este respecto, cabe recordar que la Comisión ya ha abordado la cuestión de la relación entre las normas incorporadas en el presente proyecto y una subdivisión especial del derecho internacional, cuando trató en el proyecto de artículo 4 la posible interacción entre el proyecto de artículos y el derecho internacional humanitario. De conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 4:

El presente proyecto de artículos no se aplicará a situaciones en que sean aplicables las normas del derecho internacional humanitario.

En su comentario al proyecto de artículo 4, la Comisión ha puesto de relieve el hecho de que, en situaciones de conflicto armado, las normas del derecho internacional humanitario deben prevalecer sobre las que figuran en el presente proyecto de artículos, haciendo así suya la opinión comúnmente aceptada de que el derecho internacional humanitario constituye la legislación especial aplicable durante los conflictos armados⁶⁰.

71. A pesar de lo antedicho, la Comisión también ha puesto de relieve en el mismo comentario que el proyecto de artículo 4 no debe interpretarse como justificativo de una exclusión categórica de la aplicabilidad del presente proyecto de artículos durante los conflictos armados que tienen lugar en un territorio afectado por un desastre, ya que una exclusión de esa naturaleza «iría en detrimento de la protección de las víctimas del desastre»⁶¹. En el comentario se explica después que

[s]i bien el proyecto de artículos no trata de regular las consecuencias de un conflicto armado, puede aplicarse no obstante a situaciones de conflicto armado en aquellos aspectos en que las normas vigentes del derecho internacional, y en particular las normas del derecho humanitario internacional, no sean aplicables⁶².

Por lo tanto, si bien se da primacía al derecho internacional humanitario como el órgano especial de las leyes aplicables en situaciones de conflicto armado, se mantiene la aplicabilidad simultánea del presente proyecto de artículos.

del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 251.

⁶⁰ Véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 331, párr. 1 del comentario al artículo 4.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 2 del comentario.

⁶² *Ibid.*, párr. 3 del comentario. De hecho, la aplicabilidad residual del proyecto de artículos a las situaciones de conflicto armado parece oportuna, ya que las normas del derecho internacional humanitario relativas a la asistencia humanitaria, pese a estar bien elaboradas, presentan ciertas lagunas que otros principios y normas del derecho internacional podrían contribuir a colmar. Véase, por ejemplo, Gavshon, «The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict». La aplicación simultánea del derecho internacional humanitario y otras subdivisiones del derecho internacional fue reafirmada con contundencia, en lo que respecta al derecho de los derechos humanos, por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. *Recueil 2004*, pág. 178, párr. 106 (véase también C.I.J. *Resúmenes 2003-2007*, pág. 54). El principio también ha sido reconocido por la Comisión en su labor reciente sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, que toma como punto de partida el presupuesto de que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación. Véase el artículo 3 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 100.

Propuesta de un nuevo proyecto de artículo

72. A la luz de lo que antecede, se propone la inclusión del siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 17. Relación con normas especiales de derecho internacional»

El presente proyecto de artículos no se aplicará en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional aplicables en situaciones de desastre.»

73. Esa redacción es preferible a una cláusula «sin perjuicio», ya que refleja mejor el carácter residual del proyecto de artículos en relación con normas especiales de derecho internacional y porque es más acorde con la redacción de disposiciones similares aprobadas recientemente por la Comisión, como el artículo 17 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, cuyo texto es el siguiente:

Normas especiales de derecho internacional

El presente proyecto de artículos no se aplicará en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones⁶³.

74. Habida cuenta de la proximidad lógica que existe entre el proyecto de artículo 17 propuesto y el proyecto de artículo 4, se sugirió que este último fuese trasladado e incluido entre las disposiciones generales del proyecto⁶⁴.

B. Relación con otras normas de derecho internacional

75. Tras haber examinado la interacción entre el presente proyecto de artículos y los diferentes tipos de normas especiales de derecho internacional aplicables a las situaciones de desastre, y teniendo en cuenta la propuesta conexa de incluir en el presente proyecto una cláusula que rijan esa interacción, es conveniente considerar qué otras cláusulas de salvaguardia podrían insertarse adecuadamente en el texto. En aras de la claridad, la investigación debe hacerse extensiva a la conveniencia de que las disposiciones generales que completarán el proyecto actual también aborden su relación con otras normas internacionales centradas en cuestiones no reguladas por el presente proyecto de artículos. A este respecto, sería útil incluir una cláusula general indicativa de que las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones jurídicas que puedan cobrar relevancia en las situaciones de desastre. En este sentido, esa disposición tiene por objeto complementar la cláusula anterior (art. 17): mientras que la última trata de establecer una prioridad normativa para cualesquiera normas especiales en el ámbito de aplicación del proyecto actual, la primera

⁶³ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 49. Véase también el artículo 55 (*Lex specialis*) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 76), y el artículo 64 (*Lex specialis*) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87).

⁶⁴ Artículo 21 [4], en el texto aprobado por la Comisión en primera lectura, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 55.

trataría de asegurar una aplicación paralela de normas internacionales con un alcance diferente. Si bien hacerlo de esta manera puede parecer superfluo *prima facie*, e incluso obvio, el propósito de esa disposición presenta al menos dos aspectos.

76. En primer lugar, la inserción de una cláusula de ese tipo contribuiría a arrojar luz sobre la interacción entre el proyecto de artículos y el derecho internacional consuetudinario aplicable en situaciones de desastre. En su informe preliminar, el Relator Especial señaló que el tema parecía en principio ser «objeto de desarrollo progresivo»⁶⁵. Pese a esta percepción, el Relator Especial destacó en informes posteriores⁶⁶ algunas interacciones entre las normas internacionales consuetudinarias y el presente proyecto de artículos, por ejemplo, en lo que respecta al derecho del Estado afectado a supervisar la respuesta en casos de desastre, su deber de buscar asistencia y la obligación de prevenir⁶⁷. Además, no se puede pasar por alto que otras normas internacionales consuetudinarias, con un ámbito de aplicación diferente, podrían interactuar con las disposiciones del proyecto. La cláusula propuesta, a su vez, contribuiría a dejar claro que la aplicación del derecho internacional consuetudinario sobre cuestiones que el proyecto actual no abarca no se ve afectada por el contenido del proyecto de artículos, señalando al tiempo que el presente proyecto de artículos no impide el desarrollo ulterior de las normas internacionales consuetudinarias en la esfera de la gestión de los desastres. A este respecto, la cláusula reproduce el contenido del último párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en el que se afirma que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención», así como la redacción de otras disposiciones que figuran en proyectos de artículos aprobados por la Comisión, a saber, el artículo 56 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el artículo 65 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales⁶⁸. El artículo 56 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado dice lo siguiente:

Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos⁶⁹.

77. En segundo lugar, la cláusula propuesta también trataría de aclarar que el presente proyecto de artículos no interfiere con el derecho convencional que tienen un alcance diferente. Como explican el Relator Especial y

⁶⁵ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 158, documento A/CN.4/598, párr. 42.

⁶⁶ Véanse el tercer informe (*Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629, párr. 82), el cuarto informe (*Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/643, párrs. 40 y ss.) y el sexto informe (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/662).

⁶⁷ Para la repercusión del derecho internacional consuetudinario en el tema, véase Ronzitti, «Conclusions».

⁶⁸ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87.

⁶⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 76.

la propia Comisión, el contenido del presente proyecto refleja un enfoque centrado principalmente en las necesidades y preocupaciones de las personas, así como en sus derechos jurídicos en el contexto de los desastres⁷⁰. De ello se desprende que el proyecto de artículos no aborda todas las cuestiones de derecho internacional que puedan entrar en juego cuando se produce un desastre. Entre los ejemplos de otros regímenes de derecho internacional que puedan complementar el contenido del proyecto de artículos en casos de desastre se incluyen, entre otras cosas, las disposiciones relativas al derecho de los tratados, en particular las relativas a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental de las circunstancias⁷¹, así como las normas sobre la responsabilidad tanto de las organizaciones internacionales como de los Estados, y la responsabilidad de las personas.

Propuesta de un nuevo proyecto de artículo

78. A la luz de lo que antecede, tal vez se proponga el texto siguiente para un proyecto de artículo sobre la interacción con otras normas aplicables de derecho internacional:

«Proyecto de artículo 18. Cuestiones relacionadas con las situaciones de desastre no reguladas por el presente proyecto de artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a las situaciones de desastre en la medida en que no estén reguladas por el presente proyecto de artículos.»

C. Relación con la Carta de las Naciones Unidas

79. Entre las disposiciones generales del proyecto actual, también puede ser útil incorporar una cláusula específica relacionada con la interacción con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Su texto debe formularse a la luz del Artículo 103 de la Carta, con arreglo al cual

[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

80. La primacía de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas ya fue señalada en el marco de la labor de la Comisión sobre el tema. En particular, la Comisión ha puesto de relieve el papel fundamental que desempeñan algunos principios consagrados en la Carta, a saber, los principios de igualdad soberana de los Estados, no intervención, cooperación y no discriminación, a la hora de definir los derechos y obligaciones de los Estados en casos de desastre⁷². También cabe mencionar que un énfasis similar en el respeto de los principios de la Carta se ha de observar en algunos instrumentos internacionales

⁷⁰ Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 178.

⁷¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 61 y 62, respectivamente.

⁷² Véanse, entre otros, el tercer informe, *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629, párrs. 64 y ss., e ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 331, comentario al artículo 5.

aprobados *in subiecta materia*. En el contexto del socorro en casos de desastre, por ejemplo, la Asamblea General, en su resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, afirma que «[d]eberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»⁷³. En el mismo orden de ideas, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia reconoce que «[s]e respetarán la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de las Partes de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»⁷⁴. Un enfoque similar rige la actividad de la UE en la gestión de desastres, que se ejercerá en la medida en que sea compatible con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta. Esta conclusión se desprende del Tratado de la Unión Europea, que menciona los principios de la Carta de las Naciones Unidas entre los merecedores de respeto para el desarrollo de la Unión. Aunque esa disposición no hace una referencia directa a la gestión de desastres de la UE, es evidente que la actuación de la Unión en esta esfera está sujeta al respeto de la Carta, en la medida en que representa un desarrollo del proceso de integración europea.

81. Además, la inclusión en el proyecto actual de una cláusula reafirmando la primacía de las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas podría contribuir a fortalecer el papel rector que desempeñan las Naciones Unidas en la gestión de desastres. Ese papel ha sido ya

⁷³ Anexo, párr. 3.

⁷⁴ Art. 3, párr. 1.

reconocido en el proyecto mediante la redacción de los proyectos de artículos que diferencian debidamente la posición de la Organización de la de otras organizaciones internacionales y los agentes que intervienen en situaciones de desastre⁷⁵, y ha sido expresamente reconocida en otros instrumentos internacionales⁷⁶.

Propuesta de un nuevo proyecto de artículo

82. Por las razones mencionadas, el Relator Especial propone que las disposiciones generales del proyecto actual también incluyan un proyecto de artículo sobre la interacción con la Carta de las Naciones Unidas, que dice lo siguiente:

«Proyecto de artículo 19. Relación con la Carta de las Naciones Unidas»

El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.»

⁷⁵ Véanse los artículos 5, 10 y 12. En cuanto a la cooperación de los Estados, véase también *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 183.

⁷⁶ Véanse, entre otras cosas, la política de 1998 del Consejo de la Asociación Euroatlántica de la OTAN, relativa a una cooperación técnica reforzada en el ámbito del socorro internacional en casos de desastre (art. 2.2.2) y, a nivel de la UE, la Decisión núm. 1313/2013/UE relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión (considerando núm. 14 y arts. 5, párr. 2, 13, párr. 3, y 16, párrs. 1 y 2 (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 347, 20 de diciembre de 2013, pág. 924).

CAPÍTULO IV

Términos empleados

83. De conformidad con la práctica habitual de la Comisión, que se refleja en la mayoría de los proyectos de artículos que ha aprobado hasta el momento sobre diversos temas de derecho internacional, el Relator Especial propone que se incluya en los presentes proyectos de artículos una disposición sobre «términos empleados». La formulación de una disposición de ese tipo se puede lograr de la manera más eficiente cuando, como en el presente caso relativo al tema «Protección de las personas en casos de desastre», el texto de todos los proyectos de artículos sobre un tema han sido aprobados por la Comisión. Esto es sin perjuicio de la ubicación definitiva de la disposición relativa a los términos empleados en el conjunto de proyectos de artículos, que en el pasado ha sido siempre al principio, ya sea en el primer lugar de la serie o después de la disposición sobre el ámbito de aplicación. Sin embargo, respecto del presente tema, habida cuenta de que el proyecto incluye disposiciones sobre el ámbito de aplicación (proyecto de artículo 1) y el propósito (proyecto de artículo 2), como también sobre la definición del concepto de desastre en una disposición autónoma aparte (proyecto de artículo 3), el proyecto de artículo relativo a los términos empleados que se propone a continuación se numera 3 *bis* provisionalmente.

84. Al elaborar su propuesta, el Relator Especial se centró primero en términos que, de conformidad con los comentarios sobre los proyectos de artículos, ya se habían seleccionado para definirlos en una disposición sobre los términos empleados, y también en términos que solían encontrarse en los proyectos de artículos y los términos especializados. Partiendo de esa base, el Relator Especial ha determinado los siguientes términos fundamentales para su inclusión en el proyecto de artículo 3 *bis*: Estado afectado; Estado que presta asistencia; otro actor que presta asistencia; asistencia externa; equipo y bienes; organización no gubernamental pertinente; personal de socorro; y riesgo de desastres. Luego examinó los comentarios para determinar si había elementos de una definición ya aprobada por la Comisión y después pasó a examinar las definiciones aplicables que figuraban en otros instrumentos. Sobre la base de todas esas fuentes, el Relator Especial ha preparado una lista de definiciones compuestas, ya fuese tomando elementos de distintas fuentes, según procediera, o utilizando un elemento como base pero modificándolo de modo que reflejara el lenguaje y las decisiones contenidas en los proyectos de artículos ya aprobados.

85. Con el propósito de definir los términos mencionados, las fuentes adicionales que se han utilizado por ser especialmente pertinentes son las siguientes: el anexo I (Glosario) del memorando de la Secretaría⁷⁷; el artículo 2 (Definiciones) de las Directrices de la FICR; el anexo I (Glosario) de las Directrices Operacionales sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales del Comité Permanente entre Organismos⁷⁸; y la ya mencionada resolución sobre la asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Brujas de 2003, así como disposiciones relativas a definiciones contenidas en varios tratados multilaterales y bilaterales.

A. Propuesta de un proyecto de artículo adicional

86. El Relator Especial propone el siguiente texto para un proyecto de artículo 3 *bis* sobre los términos empleados:

«Proyecto de artículo 3 bis. Términos empleados»

A los efectos de los presentes artículos:

a) Se entiende por “Estado afectado” el Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre;

b) Se entiende por “Estado que presta asistencia” un Estado que presta asistencia a un Estado afectado que la ha pedido o la ha aceptado;

c) El término “otros actores que prestan asistencia” se refiere a una organización internacional, organización no gubernamental o cualquier otra entidad o persona, ajena al Estado afectado, que colabora en la reducción del riesgo de desastres o la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre;

d) El término “asistencia externa” se refiere a personal, equipo y bienes y servicios de socorro que proporciona a un Estado afectado un Estado que presta asistencia u otros actores que prestan asistencia orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias o atender a las necesidades de los damnificados;

e) El término “equipo y bienes” incluye suministros, herramientas, máquinas, animales especialmente entrenados, alimentos, agua potable, suministros médicos, medios de refugio, prendas de vestir, ropa de cama, vehículos y otros objetos que se necesitan para prestar asistencia para el socorro en casos de desastre y que son indispensables para la supervivencia y la atención a las necesidades esenciales de las víctimas de desastres;

f) Se entiende por “organización no gubernamental pertinente” toda organización, incluidas las entidades privadas o sociedades, distinta de un Estado u

organización gubernamental o intergubernamental, que actúa de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios y que debido a su índole, ubicación o pericia está interesada en la reducción del riesgo de desastres o en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre;

g) Se entiende por “personal de socorro” el personal especializado, incluido el personal militar, que colabora en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre en nombre de un Estado que presta asistencia u otro actor que presta asistencia, en su caso, y que cuenta con el equipo y los bienes necesarios;

h) Se entiende por “riesgo de desastres” la probabilidad de que se produzcan consecuencias perjudiciales o pérdidas en materia de vidas humanas o salud, medios de subsistencia, bienes y actividad económica o daños al medio ambiente, como resultado de un desastre.»

B. Análisis breve

«a) Se entiende por “Estado afectado” el Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre»

87. El término «Estado afectado» aparece en siete de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, los proyectos de artículos 9 (Papel del Estado afectado); 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia); 11 (Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa); 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); y también en la propuesta de proyecto de artículo 14 *bis* (Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro).

88. En la resolución del Instituto de Derecho Internacional el término «Estado afectado» se define como «el Estado o la entidad territorial donde se necesita asistencia humanitaria»⁷⁹. El término también se define en las Directrices de la FICR de la siguiente manera: «el Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre»⁸⁰.

89. El apartado *a* se ha tomado literalmente de la definición que figura en las Directrices de la FICR. Refleja la orientación básica de que los proyectos de artículos se dirigen a los Estados. También prevé la importancia crucial del papel que ha de desempeñar el Estado afectado por el desastre, de conformidad con el proyecto de artículo 9. La característica fundamental es el control territorial, es decir, que el Estado afectado solo puede desempeñar el papel que se le ha previsto en el proyecto de artículo 9 en el territorio bajo su control. La disposición podría ir más lejos y añadir «o bien bajo la jurisdicción o el control», como se hizo en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobados por la Comisión en 2001⁸¹. Sin embargo,

⁷⁷ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3.

⁷⁸ Washington D.C., Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno, 2011.

⁷⁹ Secc. I, 4.

⁸⁰ Directriz 2, párr. 8.

⁸¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156, párr. 97, art. 2.

se consideró preferible no hacerlo a fin de evitar entrar en un debate innecesario sobre la jurisdicción extraterritorial, que es más la excepción que la regla. Además, el elemento de control territorial es una característica común de muchos instrumentos que regulan la protección de las personas en casos de desastre.

90. La definición también tiene por objeto reflejar el enfoque de los proyectos de artículos, a saber, el efecto en las personas, a diferencia de, por ejemplo, afirmar simplemente que es el Estado en cuyo territorio ocurre un desastre. Se ha conservado la referencia a las propiedades como otro elemento común a muchos desastres y está implícita en la referencia a «pérdidas masivas [y] daños materiales» en la definición de desastre que figura en el proyecto de artículo 3, en el entendimiento de que los proyectos de artículos se aplican únicamente a los efectos que tiene la pérdida económica en las personas⁸².

91. La formulación de la frase «afectadas por un desastre» refleja la opinión contemporánea de que la atención se centra en los efectos de un desastre en las personas y las propiedades, en lugar de centrarse en el desastre propiamente dicho. También concuerda con el enfoque de la Comisión de examinar las consecuencias del suceso como elemento fundamental con el fin de establecer el umbral a partir del cual serán aplicables los proyectos de artículos⁸³.

«b) Se entiende por “Estado que presta asistencia” un Estado que presta asistencia a un Estado afectado que la ha pedido o la ha aceptado»

92. El término «Estado que presta asistencia» aparece en el proyecto de artículo 15 (Cese de la asistencia externa).

93. La formulación se ha tomado de la definición de «Estado solidario» que figura en el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil⁸⁴. El término «Estado beneficiario» se cambió por «Estado afectado», que es el término utilizado en los proyectos de artículos y que se definió anteriormente. La frase «un Estado que presta asistencia» es una referencia al concepto de «asistencia externa», que se define detalladamente más adelante, y que se realiza sobre la base del deber de cooperar que figura en el proyecto de artículo 5.

94. Los proyectos de artículos se dirigen a tres categorías de entidades. La primera es el Estado afectado (que se definió anteriormente) y la segunda es el Estado o los Estados que prestan asistencia al Estado afectado. La tercera categoría, «otros actores que prestan asistencia», se define detalladamente más adelante.

95. Según la definición, es evidente que un Estado solo pertenece a la categoría de «Estado que presta asistencia» una vez que la asistencia se esté prestando o se haya prestado. En otras palabras, un Estado que ofrece asistencia no es un «Estado que presta asistencia», con las diversas consecuencias jurídicas que dimanen de esa clasificación, de conformidad con lo dispuesto en los proyectos de

artículos, antes de que dicha asistencia haya sido aceptada por el Estado afectado.

96. La frase «que la ha pedido o la ha aceptado» refleja la interacción entre los proyectos de artículos 10, 11 y 12. En particular, refleja la posición básica adoptada en los proyectos de artículos de que es deber del Estado afectado buscar asistencia cuando el desastre supere su capacidad nacional de respuesta (proyecto de artículo 10). Al mismo tiempo, prevé la posibilidad de que el Estado afectado reciba ofrecimientos de asistencia no solicitada, según lo dispuesto en el proyecto de artículo 12, cuya prestación está sujeta al consentimiento del Estado afectado, de conformidad con el proyecto de artículo 11.

«c) El término “otros actores que prestan asistencia” se refiere a una organización internacional, organización no gubernamental o cualquier otra entidad o persona, ajena al Estado afectado, que colabora en la reducción del riesgo de desastres o la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre»

97. El término «otro actor que presta asistencia» aparece en el proyecto de artículo 15 (Cese de la asistencia externa).

98. Los proyectos de artículos también tienen por objeto regular, no solo a los Estados afectados y los que prestan asistencia, sino también la posición de otros actores que prestan asistencia. Una proporción considerable de actividades contemporáneas de reducción del riesgo de desastres y de socorro en casos de desastre la realizan organizaciones internacionales, o se realiza bajo sus auspicios, incluidas las Naciones Unidas, aunque sin limitarse en modo alguno a estas, así como ONG y otras entidades e incluso particulares. Este grupo de actores se denomina colectivamente en los proyectos de artículos como «otros actores que prestan asistencia». Ello es sin perjuicio de su condición jurídica diferente en virtud del derecho internacional, que se reconoce en los proyectos de artículos, por ejemplo, el proyecto de artículo 12.

99. La disposición refleja, en parte, el comentario sobre el proyecto de artículo 15, que confirma el entendimiento de que el término «actores que prestan asistencia» se refiere principalmente a las organizaciones internacionales y las ONG⁸⁵. La frase «o cualquier otra entidad o persona», que se ha tomado del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia⁸⁶, se agregó para reflejar el hecho de que no todos los agentes que participan en actividades de socorro en casos de desastre pueden clasificarse en una o en las otras categorías mencionadas en el comentario.

100. La frase «ajena al Estado afectado» se introdujo para reflejar la inquietud, mencionada en el comentario sobre el proyecto de artículo 13, de que los proyectos de artículos regulaban las actividades de actores ajenos al

⁸² Véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 331, párr. 7 del comentario sobre el proyecto de artículo 3.

⁸³ *Ibid.*, párr. 4 del comentario sobre el proyecto de artículo 3.

⁸⁴ Art. 1, apdo. f.

⁸⁵ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 4 del comentario sobre el proyecto de artículo 15.

⁸⁶ Art. 1, párr. 1 (definición de «entidad que presta asistencia»).

Estado afectado⁸⁷. En consecuencia, no se incluirían las ONG nacionales, por ejemplo. Si bien esto evidentemente no plantearía ningún problema respecto de las organizaciones internacionales, de todas formas se consideró apropiado estipularlo, habida cuenta de la índole de las demás entidades mencionadas en la lista de actores que prestan asistencia.

101. La frase final «que colabora en la reducción del riesgo de desastres o la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre» es la misma fórmula utilizada para describir los tipos de actividades que están realizando las entidades en cuestión, que están reguladas por los proyectos de artículos. En el caso de las ONG, esa indicación general debe leerse junto con la descripción más concreta de su papel, como se establece anteriormente.

102. La definición de «otros actores que prestan asistencia» reconoce el hecho de que esos actores pueden participar en un conjunto de actividades, en el contexto de la reducción del riesgo de desastres y la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre.

«d) El término “asistencia externa” se refiere a personal, equipo y bienes y servicios de socorro que proporciona a un Estado afectado un Estado que presta asistencia u otros actores que prestan asistencia orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias o atender a las necesidades de los damnificados»

103. El término «asistencia externa» aparece en cuatro de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, los proyectos de artículos 11 (Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa), 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa), 14 (Facilitación de la asistencia externa) y 15 (Cese de la asistencia externa); y también en la propuesta de proyecto de artículo 14 *bis* (Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro).

104. El apartado *d* tiene por objeto definir el tipo de asistencia que, según se prevé en el proyecto de artículos, proporcionarán al Estado afectado los Estados que prestan asistencia u otros actores que prestan asistencia como forma de cooperación prevista en el proyecto de artículo 5 *bis*.

105. La formulación, que se inspira en el comentario sobre el proyecto de artículo 13⁸⁸, se basa en las Directrices de Oslo⁸⁹ y en el Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil⁹⁰. La referencia al término «material» que figura en las Directrices de Oslo se reemplazó por «equipo y bienes», que es el término que se utiliza en los proyectos de artículos y se define detalladamente más adelante.

106. La frase «que proporciona a un Estado afectado un Estado que presta asistencia u otros actores que prestan

asistencia» se ha tomado del comentario sobre el proyecto de artículo 13 y reitera el carácter de la relación jurídica entre el Estado o el actor que presta asistencia y el Estado afectado, conforme a lo previsto en los proyectos de artículos.

107. El resto de la cláusula tiene por objeto aclarar la finalidad para la que se debe prestar asistencia externa. La frase «orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias» se ha tomado del Convenio Marco de Asistencia en Materia de Protección Civil y se incluye para reconocer la importancia de las medidas encaminadas a reducir el riesgo de desastres, de conformidad con lo previsto en los proyectos de artículos 5 *ter* y 16. La frase «o atender a las necesidades de los damnificados» se ha tomado de las Directrices de Oslo y se refiere a la asistencia para el socorro en casos de desastre prestada inmediatamente después del comienzo del desastre y cuyo objetivo es atender a las necesidades de los damnificados. Si bien la formulación de la cláusula final se ha redactado con la terminología técnica de la reducción del riesgo de desastres y la respuesta a los mismos, se entiende que es compatible con el objetivo general de los proyectos de artículos, enunciado en el proyecto de artículo 2, a saber «facilitar una respuesta eficaz y adecuada a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos».

«e) El término “equipo y bienes” incluye suministros, herramientas, máquinas, animales especialmente entrenados, alimentos y agua potable, suministros médicos, medios de refugio, prendas de vestir, ropa de cama, vehículos y otros objetos que se necesitan para prestar asistencia para el socorro en casos de desastre y que son indispensables para la supervivencia y la atención a las necesidades esenciales de las víctimas de desastres»

108. El término «equipo y bienes» aparece en dos de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, el proyecto de artículo 5 *bis* (Formas de cooperación), que utiliza el término «suministros» en lugar de «bienes», y el proyecto de artículo 14 (Facilitación de la asistencia externa), que utiliza la expresión «bienes y equipo», y también el proyecto de artículo 14 *bis* (Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro).

109. Como se señaló anteriormente, el «equipo» y los «bienes» representan un componente fundamental del tipo de asistencia externa que se prevé en los proyectos de artículos. La formulación se ha tomado del comentario sobre el proyecto de artículo 14⁹¹ y la resolución sobre asistencia humanitaria del Instituto de Derecho Internacional⁹². La lista abarca los tipos de material que en general se acepta que son necesarios para prestar asistencia para el socorro en casos de desastre. El uso de la palabra «incluye» y la referencia a «otros objetos» confirman que la lista no es exhaustiva.

110. En términos generales, se prevén dos tipos de material: el que requiere el personal de socorro en casos

⁸⁷ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 2 del comentario sobre el proyecto de artículo 13.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Párr. 2.

⁹⁰ Art. 1, apdo. *d* (definición de «asistencia»).

⁹¹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 5 del comentario sobre el proyecto de artículo 14.

⁹² Secc. I, 1, *a*).

de desastre para desempeñar sus funciones, respecto de su propio sustento y en relación con lo que necesita para prestar socorro, como por ejemplo suministros, herramientas y máquinas, y el que es necesario para la supervivencia y la atención a las necesidades esenciales de las víctimas de los desastres, como alimentos, agua potable, suministros médicos, medios de refugio, prendas de vestir y ropa de cama. Los perros de búsqueda se prevén específicamente en la frase «animales especialmente entrenados», que se ha tomado del anexo específico J del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (revisado)⁹³.

«f) Se entiende por “organización no gubernamental pertinente” toda organización, incluidas las entidades privadas o sociedades, distinta de un Estado u organización gubernamental o intergubernamental, que actúa de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios y que debido a su índole, ubicación o pericia está interesada en la reducción del riesgo de desastres o en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre»

111. El término «organizaciones no gubernamentales pertinentes» aparece en cuatro de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, los proyectos de artículos 5 (Deber de cooperar), 7 (Dignidad humana), 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia) y 12 (Ofrecimientos de asistencia).

112. La categoría de «otros actores que prestan asistencia», que se definió anteriormente, incluye a las ONG. La definición tiene por objeto distinguir entre esas entidades y otros actores, en particular los Estados y las organizaciones intergubernamentales. La cláusula inicial, «toda organización, incluidas las entidades privadas o sociedades, distinta de un Estado u organización gubernamental o intergubernamental», que establece tal distinción, se ha tomado del Convenio de Tampere⁹⁴. La referencia genérica a «entidades privadas o sociedades» refleja la típica forma en que la mayoría de las ONG están constituidas, pero no pretende ser exclusiva.

113. La frase calificativa «que actúa de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios» se ha tomado del párrafo 5 del anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, y constituye la base sobre la cual las actividades de dichas entidades han de realizarse de conformidad con los proyectos de artículos⁹⁵.

114. El reconocimiento otorgado a las ONG en los proyectos de artículos es reflejo del hecho de que por lo general están bien situadas para desempeñar un papel fundamental en las operaciones de socorro y actividades conexas. Esto se reconoce en la frase «que debido a su índole, ubicación o pericia».

115. Las actividades de las ONG no se limitan a la asistencia de socorro e incluyen las encaminadas a la

prevención, la mitigación y la preparación. Esto se reconoce en la cláusula final, «está interesada en la reducción del riesgo de desastres o en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre», cuya primera parte se ha tomado del Convenio de Tampere. El texto tiene por objeto reflejar la amplia gama de actividades en las que participan las entidades de ese tipo.

«g) Se entiende por “personal de socorro” el personal especializado, incluido el personal militar, que colabora en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre en nombre de un Estado que presta asistencia u otro actor que presta asistencia, en su caso, y que cuenta con el equipo y los bienes necesarios»

116. El término «personal de socorro» aparece en dos de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, los proyectos de artículos 5 *bis* (Formas de cooperación) y 14 (Facilitación de la asistencia externa), y también en la propuesta de proyecto de artículo 14 *bis* (Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro).

117. El apartado tiene por objeto definir el componente de personal de la asistencia externa brindada por los Estados que prestan asistencia u otros actores que prestan asistencia. La formulación que se utiliza se basa en la aprobada por la Comisión en el comentario sobre el proyecto de artículo 5 *bis*⁹⁶, en el que se establece un vínculo entre la entidad que presta asistencia, ya sea Estado u otro actor, y el personal en cuestión mediante el requisito de actuar «en nombre de». No obstante, ese personal estaría sujeto a la dirección y al control generales del Estado afectado, de conformidad con el proyecto de artículo 9.

118. La referencia a personal especializado refleja el reconocimiento, en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, de que lo que ha de esperarse es un personal dotado del conjunto de competencias necesarias y que tenga «el equipo y los bienes necesarios» para desempeñar las funciones de que se trate.

119. La frase «incluido el personal militar», que se ha tomado del tratado bilateral entre Grecia y la Federación de Rusia de 2000⁹⁷, tiene por objeto reconocer la importante función que desempeña el personal militar, como categoría de personal de socorro, en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre. La participación del personal militar en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre se prevé en el proyecto de artículo 14.

120. El concepto de «personal de socorro» tradicionalmente se ha aplicado en el contexto de la respuesta a los primeros momentos de un desastre. Esto se expresa en la formulación «que colabora en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre», que es reflejo del tipo de asistencia externa prevista en el proyecto de artículo 14, para la cual se requiere la facilitación de la

⁹³ Definición de «envíos de socorro».

⁹⁴ Art. 1, párr. 10.

⁹⁵ Véase también *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 331, párr. 5 del comentario sobre el proyecto de artículo 5.

⁹⁶ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62, párr. 7 del comentario sobre el proyecto de artículo 5 *bis*.

⁹⁷ Art. 1 (definición de «equipo para prestar asistencia») (véase la nota 15 *supra*).

prestación «pronta y efectiva». No obstante, cabe señalar que la definición de «asistencia externa» descrita anteriormente también prevé la participación del personal de socorro en la prevención de desastres. Esto refleja el enfoque más holístico adoptado en los proyectos de artículos, en su conjunto, que incluye actividades encaminadas a la reducción del riesgo de desastres.

«h) Se entiende por “riesgo de desastres” la probabilidad de que se produzcan consecuencias perjudiciales o pérdidas en materia de vidas humanas o salud, medios de subsistencia, bienes y actividad económica o daños al medio ambiente, como resultado de un desastre»

121. El término «riesgo de desastres» aparece en dos de los proyectos de artículos ya aprobados, a saber, los proyectos de artículos 5 *ter* (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) y 16 (Deber de reducir el riesgo de desastres).

122. Tras la inclusión de la reducción del riesgo de desastres en el ámbito de los proyectos de artículos, el término «riesgo de desastres» merece una aclaración más extensa. La formulación propuesta se ha tomado de la primera parte de la disposición de definición que figura en el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia⁹⁸. Dicho Acuerdo tuvo por objeto vincular la probabilidad de que se produjeran consecuencias perjudiciales a las «interacciones entre los peligros naturales o provocados por el hombre y las condiciones de vulnerabilidad». Sin embargo, la Comisión no fue tan lejos en su labor relativa a la definición del término «desastre». Por consiguiente, se consideró más apropiado indicar simplemente que esas consecuencias eran resultado «de un desastre», lo que se entiende como una remisión a la definición de «desastre» que figura en el proyecto de artículo 3. En otras palabras, la definición de «riesgo de desastres» tiene por objeto desarrollar la definición del término «desastre».

⁹⁸ Art. 1, párr. 5.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/673

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

[Original: español]
[2 de junio de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	90
Obras citadas en el presente informe	90
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-9 91
<i>Capítulo</i>	
I. LA INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS	10-16 92
II. EL CONCEPTO DE «FUNCIONARIO».....	17-151 94
A. Consideraciones generales.....	17-23 94
B. Los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad.....	24-112 95
1. La práctica judicial nacional.....	29-38 96
2. La práctica judicial internacional	39-49 98
3. La práctica convencional.....	50-97 100
4. Otros trabajos de la Comisión	98-110 108
5. Conclusiones.....	111-112 110
C. La cuestión terminológica	113-142 111
1. «Funcionario».....	120-123 113
2. « <i>Représentant</i> »	124-127 114
3. « <i>Officiel</i> »	128-129 115
4. «Agente».....	130-132 115
5. «Órgano»	133-135 116
6. Conclusiones.....	136-142 116
D. El concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos	143-144 117
E. El alcance subjetivo de la inmunidad <i>ratione materiae</i>	145-151 118
III. PLAN DE TRABAJO FUTURO.....	152 119
ANEXO. Proyectos de artículos propuestos.....	120

* La Relatora Especial desea hacer constar su agradecimiento a Francisco José Pascual Vives, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Alcalá de Henares (España) por la inestimable ayuda prestada en la preparación del presente informe. Igualmente desea mostrar su agradecimiento por la colaboración recibida de las siguientes personas: Claribel de Castro Sánchez, Teresa Marcos Martín y Fernando Val Garijo, profesores de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), y Louise Lecaros de Cossio y Brian Frenkel, maestrands de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

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, núm. 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)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, núm. 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638, pág. 392.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, núm. 23431, pág. 297.
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, núm. 15410, pág. 191.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario jurídico 1975</i> (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, núm. 38544, pág. 308.
Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Ibíd., vol. 2216, núm. 39391, pág. 225. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 182, 28 de julio de 2010.
Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2466, núm. 39391, pág. 168. En español, véase España, <i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i> , núm. 314, 11 de junio de 2010.
Convenio Civil sobre la Corrupción (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2246, núm. 39988, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, núm. 42146, pág. 41.
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 núm. 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria «La responsabilité internationale de l'individu», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1999, t. 280, Leiden, Martinus Nijhoff, 2000, págs. 135 a 428.	DUGARD, John <i>International Law. A South African Perspective</i> , 4.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2011.
BORGHI, Alvaro <i>L'immunité des dirigeants politiques en droit international</i> , Bruselas, Bruylant, 2003.	FOX, Hazel y Philippa WEBB <i>The Law of State Immunity</i> , 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
CASSESE, Antonio, ed. <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , Oxford, Oxford University Press, 2009.	JORGE URBINA, Julio «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», <i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i> , vol. VIII (2008), págs. 255 a 306.
D'ARGENT, Pierre «Immunity of State officials and obligation to prosecute», <i>Cahiers du CeDIE</i> , núm. 4 (2013), págs. 1 a 20.	MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS y Charles SAMPFORD, eds. <i>Shifting Global Powers and International Law. Challenges and Opportunities</i> , Abingdon, Routledge, 2013.
DOMINICÉ, Christian «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», <i>Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional</i> , vol. II, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 305 a 348.	MCDUGALL, Carrie <i>The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

«La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad», en *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006), Washington, D.C., OEA, págs. 491 a 516.

SCHABAS, William A.

The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

«Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», en Marcelo Kohen (ed.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme*

et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Brill, 2007, págs. 511 a 548.

TRIFFTERER, Otto

«Irrelevance of official capacity», en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, 2.^a ed., Munich, Beck, 2008, págs. 779 a 794.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Bruselas, Larcier, 2004, págs. 61 a 148.

Introducción

1. El tema «La 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, en 2006, sobre la base de la propuesta que figura en el informe de la Comisión sobre ese período de sesiones¹. En su 59.^o período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin². En el mismo período de sesiones se pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema³.

2. El Relator Especial, Sr. Kolodkin, presentó tres informes en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema y analizó diversos aspectos de las cuestiones sustantivas y procesales relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴. La Comisión consideró los informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones 60.^o y 63.^o, respectivamente en 2008 y 2011. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema en 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 Comisión⁵.

4. En ese mismo período de sesiones la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

Estado⁶. Ese informe fue examinado por la Comisión en la segunda parte de su 64.^o período de sesiones, en 2012⁷. El informe preliminar respondía a la naturaleza de un «informe de transición», con el que la Relatora Especial tenía como objetivo «contribuir a clarificar los términos del debate que se [había] venido manteniendo hasta la fecha e identificar los principales puntos de controversia que [subsistían] sobre los que la Comisión [podía] considerar oportuno seguir trabajando en el futuro»⁸. En el mismo se identificaron los temas que deberían ser abordados por la Comisión, se definieron las bases metodológicas del estudio y se estableció un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema.

5. Como ya se señaló, la Comisión analizó el informe preliminar en su 64.^o período de sesiones, en 2012, avallando en líneas generales las propuestas metodológicas y el plan de trabajo propuesto por la Relatora Especial⁹. Ese mismo año, la Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con ocasión del examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional¹⁰.

6. En el 65.^o período de sesiones de la Comisión, en 2013, la Relatora Especial presentó el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹¹. En el mismo se analizó el alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, los conceptos de inmunidad y jurisdicción, la distinción entre inmunidad *ratione personae* y

¹ Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257 y pág. 209, anexo I.

² Véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376.

³ Véase *ibíd.*, pág. 99, párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596.

⁴ Los informes del Relator Especial, Sr. Kolodkin, figuran en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 163, documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), pág. 427, documento A/CN.4/631 (segundo informe) y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

⁵ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

⁶ *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654.

⁷ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 82 a 139.

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

⁹ En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 84 a 139. Véase también *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143.^a a 3147.^a.

¹⁰ La Sexta Comisión se ocupó del tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.^a a 23.^a sesiones (A/C.6/67/SR.20 a 23). Además, en otra sesión dos Estados realizaron referencias al tema (*ibíd.*, 19.^a sesión (A/C.6/67/SR.19)). Véase también 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.

¹¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

la inmunidad *ratione materiae*, así como los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*. El segundo informe contenía propuestas para seis proyectos de artículo dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyectos de artículos 1 y 2), a las definiciones (proyecto de artículo 3) y a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* (proyectos de artículos 4, 5 y 6).

7. La Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial en sus sesiones 3164.^a a 3168.^a y 3170.^a¹² y decidió remitir los seis proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción¹³, la Comisión aprobó provisionalmente tres proyectos de artículos dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyecto de artículo 1) y a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* (proyectos de artículos 3 y 4). Dichos proyectos de artículos recogen los elementos esenciales de cinco de los proyectos de artículos propuestos por la Relatora Especial, refundiéndolos. La Comisión aprobó también los comentarios a los tres proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión. En relación con el proyecto de artículo dedicado a las definiciones, el Comité de Redacción decidió mantenerlo en examen y pronunciarse sobre el mismo más adelante¹⁴.

¹² Para un análisis detallado de las cuestiones suscitadas en los debates y las posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión, véase, *ibíd.*, vol. I, sesiones 3164.^a a 3168.^a y 3170.^a.

¹³ Véase *ibíd.*, 3174.^a sesión.

¹⁴ Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 65.º período de sesiones, en 2013, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 40 a 49. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 49. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos, véase *ibíd.*, vol. I, sesiones 3193.^a a 3196.^a.

8. En su sexagésimo octavo período de sesiones, en 2013, la Sexta Comisión examinó el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con ocasión del examen del informe anual de la Comisión de Derecho Internacional. Los Estados, en general, recibieron favorablemente el segundo informe de la Relatora Especial y los avances en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, valorando positivamente que la Comisión hubiese remitido a la Asamblea General tres proyectos de artículos¹⁵.

9. En su informe anual, la Comisión pidió a los Estados que

antes del 31 de enero de 2014 proporcion[asen] información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones «actos oficiales» o «actos realizados a título oficial» en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁶.

La Relatora Especial desea manifestar su agradecimiento a los Estados que se refirieron a esta cuestión en los debates en la Sexta Comisión, y, de manera especial, desea expresar su reconocimiento a los Estados que han remitido comentarios escritos¹⁷.

¹⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones*, Sexta Comisión, sesiones 17.^a a 19.^a (A/C.6/68/SR.17 a 19). Véase también Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), párrs. 10 a 30.

¹⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 25.

¹⁷ En el momento de elaborar el presente informe se han recibido comentarios de Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, República Checa, Reino Unido y Suiza.

CAPÍTULO I

La inmunidad *ratione materiae*: elementos normativos

10. Como ya se señaló en el segundo informe de la Relatora Especial,

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 Comisión¹⁸.

Ello se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que dicha distinción ha sido objeto de una amplia aceptación por parte de la doctrina¹⁹ y en la jurisprudencia. Por otro lado,

¹⁸ *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 47 *in fine*.

¹⁹ En este sentido, véanse, entre otros, Dominicé, «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», págs. 323 a 326 y 337 a 342; Abellán Honrubia, «La responsabilité internationale de l'individu», págs. 220 a 223; Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, págs. 129 a 131; Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», págs. 64 a 67 y 94 a 107; Remiro Brotóns, «La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad», pág. 505; Jorge Urbina, «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», págs. 277 a 292; Stern, «Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas

esta distinción ha sido ya analizada en el memorando de la Secretaría²⁰ y en el informe preliminar elaborado por el Relator Especial, Sr. Kolodkin²¹, si bien en ambos casos con una finalidad esencialmente descriptiva y conceptual. Por su parte, la Comisión ha abordado en 2013 la distinción entre ambas categorías con un enfoque normativo, a fin de establecer un régimen jurídico diferenciado respecto de cada una de ellas. Ello no significa, sin embargo, que se desconozca la existencia de elementos comunes entre ambas categorías de inmunidad, en especial por lo que se refiere a la dimensión funcional de la inmunidad entendida en un sentido amplio²².

de crime de droit international?» Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, pág. 368; Dugard, *International Law. A South African Perspective*, pág. 253; Fox y Webb, *The Law of State Immunity*; D'Argent, «Immunity of State officials and obligation to prosecute», págs. 5 a 7; y Maguire, Lewis y Sampford, *Shifting Global Powers and International Law. Challenges and Opportunities*, pág. 108.

²⁰ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párr. 88 y ss.

²¹ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), págs. 184 y 185, documento A/CN.4/601, párrs. 78 a 83.

²² Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 48 y 53.

11. Este enfoque se ha reflejado ya en los trabajos de la Comisión en su 65.º período de sesiones, en 2010. En este sentido, debe llamarse la atención sobre los siguientes elementos:

a) La inclusión de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en el proyecto de artículo dedicado a las definiciones que ha sido remitido al Comité de Redacción. Aunque el Comité no se ha pronunciado todavía sobre las definiciones contenidas en el mismo, no se han manifestado opiniones contrarias a retener dos categorías distintas de inmunidad²³;

b) La propia estructura del proyecto de artículos, que contiene una parte autónoma (segunda parte) dedicada a la inmunidad *ratione personae*, a la que deberá seguir una tercera parte dedicada a la inmunidad *ratione materiae*;

c) El propio proyecto de artículo 4, párr. 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, que recoge la distinción entre los regímenes aplicables a cada una de las citadas categorías de inmunidad, al establecer que “[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*”²⁴.

12. Siguiendo lo dicho en el segundo informe de la Relatora Especial, los elementos que caracterizan a la inmunidad *ratione materiae* pueden enunciarse de la siguiente manera:

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 realizados a título oficial»;

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.

13. Estos tres elementos reflejan adecuadamente las diferentes definiciones de inmunidad *ratione materiae* que se han dado por la doctrina²⁵ y que encontramos en

²³ Para dichas definiciones, véase *ibíd.*, párr. 53.

²⁴ En relación con la distinción entre ambas categorías de inmunidad, véase el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 4, en especial el párrafo 7 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

²⁵ Dichas definiciones se presentan bajo distintas formulaciones, pero todas ellas recogen los mismos elementos arriba mencionados. Así, para Cassese (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, pág. 368), «[l]a inmunidad funcional de la jurisdicción de Estados extranjeros abarca las actividades llevadas a cabo en el ejercicio de sus funciones y subsiste al finalizar su mandato», y las «actividades oficiales son llevadas a cabo por órganos estatales en nombre de su Estado y, en principio, deben atribuirse al propio Estado». Para Fox y Webb, la inmunidad funcional, inmunidad *ratione materiae*, es un concepto inicialmente aplicado a los diplomáticos que perdían su inmunidad personal al finalizar su mandato con objeto de mantener dicha inmunidad pero únicamente por los actos ejecutados en su capacidad oficial. No obstante, en la actualidad se utiliza en un sentido más amplio aplicándosele a todos los oficiales, funcionarios o empleados, en servicio o después de su servicio, para otorgarles inmunidad respecto de los actos que fueron ejecutados en su capacidad oficial (*The Law of State Immunity*). Para Stern, «la inmunidad del jefe

la jurisprudencia. Estos elementos toman igualmente en consideración los trabajos previos de la Comisión²⁶. A partir de estas tres características han de deducirse los elementos normativos que configuran esta categoría de inmunidad que, conforme al método seguido respecto de la inmunidad *ratione personae*, deben identificarse de la siguiente forma:

a) Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*: ¿qué personas son beneficiarias de la inmunidad?

b) Alcance material de la inmunidad *ratione materiae*: ¿qué categoría de actos realizados por dichas personas quedan cubiertos por la inmunidad?

c) Alcance temporal de la inmunidad *ratione materiae*: ¿durante qué período de tiempo puede ser alegada y aplicada la inmunidad?

14. Aunque estos tres elementos son aceptados con carácter general en relación con la inmunidad *ratione materiae*, el significado de los mismos no es uniforme. Así, mientras que hay un amplísimo consenso respecto del carácter ilimitado del elemento temporal, el alcance subjetivo y material de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de un debate más amplio, en el que subsisten aspectos controvertidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la práctica. En consecuencia, el análisis de qué se entiende por «funcionario» y que se entiende por «acto realizado a título oficial» requieren un tratamiento detallado. En todo caso, ha de destacarse que los tres aspectos arriba mencionados constituyen los «elementos normativos» de la inmunidad de jurisdicción

de Estado en ejercicio es una inmunidad absoluta, *ratione personae*, la inmunidad continúa a acordársele, cuando ha cesado en sus funciones, solo por los actos “cometidos en el ejercicio de sus funciones”, es decir que el ex jefe de Estado se beneficia solo de una inmunidad *ratione materiae* («Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine” des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?», pág. 521). Para D’Argent, «[t]odos los representantes del Estado que actúan en tal capacidad [Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, art. 2, párr. 1, apdo. b, inc. iv)] gozan de inmunidad *ratione materiae* (también conocida como “inmunidad por actos oficiales”) con respecto a los actos llevados a cabo, aun si fueren *ultra vires* [...] [A] diferencia de cuanto se requiere para la inmunidad *ratione personae*, el concepto de “representantes del Estado” a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* no se limita a las personas que lo ostentan u ocupan» («Immunity of State officials and obligation to prosecute», pág. 7). Para Borghi, «dado que la inmunidad [*ratione personae*] no se concede a un jefe de Estado en beneficio propio, sino en beneficio del Estado que dirige, resulta normal que [...] cese de producir sus efectos cuando termina su mandato. [...] La inmunidad *ratione materiae* [...] significa que se encuentra protegido en lo que respecta a los actos de la función» (*L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, págs. 129 y 130). Para Jorge Urbina, «[l]a amplitud de las inmunidades *ratione personae* reconocidas a los dirigentes políticos que ostentan la condición de órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales (jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de asuntos exteriores) se justifican por ser sus máximos representantes y por su papel esencial en el desarrollo de la política exterior. Por eso, cuando cesen en sus funciones, solo estarán amparados por las inmunidades *ratione materiae*, que, como sabemos, impedirían el inicio de una acción penal únicamente por los actos públicos realizados durante el ejercicio de la alta magistratura estatal» («Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», págs. 287 y 288).

²⁶ Respecto de la definición de los elementos característicos de la inmunidad *ratione materiae*, véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 28, comentario al artículo 2 en esp., págs. 18 y 19, párrs. 17 a 19 del comentario.

penal extranjera *ratione materiae* y, por tanto, han de ser tomados en consideración conjuntamente, sin que sea posible excluir ninguno de ellos para definir el régimen jurídico de dicha categoría de inmunidad.

15. Por otro lado, ha de recordarse, como ya se hizo en el segundo informe en relación con la inmunidad *ratione personae*, que la identificación de estos tres elementos como los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* no implica que los mismos sean los únicos

elementos a tener en cuenta para definir el régimen jurídico aplicable a la inmunidad *ratione materiae*. En especial, la Relatora Especial desea destacar que ello no implica un pronunciamiento sobre las excepciones a la inmunidad ni un reconocimiento del carácter absoluto de la misma.

16. Conforme a estas coordenadas, el presente informe inicia el tratamiento de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*. El mismo está dedicado en especial al análisis del concepto de «funcionario».

CAPÍTULO II

El concepto de «funcionario»

A. Consideraciones generales

17. El concepto de «funcionario» reviste una especial relevancia para el tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», puesto que a través del mismo se define su ámbito subjetivo de aplicación. Ello explica que dicho término se incluya de forma explícita en el título del mismo para referirse a todas las personas que pueden quedar cubiertas por la inmunidad. A este respecto, debe tenerse en cuenta que dicha referencia genérica a los «funcionarios» en el título del tema se establece por la voluntad de la Comisión de no limitar el ámbito del estudio a la inmunidad de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores²⁷.

18. Desde esta perspectiva, el concepto de «funcionario» ha de ser abordado de modo horizontal, ya que la determinación de sus características debe ser válida para englobar tanto a las personas que quedarían cubiertas por la inmunidad *ratione personae* como a las que estarían cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, tal y como ya se señaló en el segundo informe sometido a la Comisión en 2013, la necesidad de definirlo de forma clara e inequívoca tiene un significado especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*²⁸, y ello por una razón simple: en el caso de la inmunidad *ratione personae*, las personas cubiertas por la inmunidad pueden ser identificadas y han sido identificadas por la Comisión *eo nomine*, por la vía de la enumeración de los tres altos cargos a los que se aplica, a saber, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores²⁹; por el contrario, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*,

no es posible acudir al método de elaborar una lista de todos aquellos cargos o puestos a los que se calificarían como «funcionarios» a los efectos del presente tema. Ello no resulta viable si tenemos en cuenta la gran diversidad de modelos existente en los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de qué personas quedan cubiertas por la inmunidad *ratione materiae* no puede llevarse a cabo más que mediante la determinación de los «criterios identificativos» que, aplicados caso a caso, nos permitan concluir que estamos ante un «funcionario» a los efectos del presente proyecto de artículos.

19. En segundo lugar, ha de destacarse que el empleo del término «funcionario» es el resultado de una propuesta del ex Relator Especial, Sr. Kolodkin, que manifestó su preferencia por este término frente al de «órgano», si bien dejó abierta la posibilidad de un futuro debate y de un eventual cambio de terminología si la Comisión así lo consideraba conveniente³⁰. Sin embargo, diversos miembros de la Comisión expresaron ya en aquel momento su opinión de que era posible emplear otros términos, tales como «agente» o «representante»³¹. Esta cuestión ha sido posteriormente reiterada en los informes previos de la Relatora Especial, en los que se ha llamado la atención sobre el hecho de que el término «funcionario» puede no ser el más adecuado para referirse a todas las categorías de personas que quedarían cubiertas por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a lo que ha de añadirse el hecho de que los términos empleados en las distintas versiones lingüísticas no son homogéneos ni intercambiables, sin que pueda afirmarse que tengan un significado idéntico o similar³².

20. Teniendo en cuenta estas consideraciones, en el segundo informe de la Relatora Especial ya se advirtió de que el análisis del concepto de «funcionario» sería abordado en el marco del tratamiento de la inmunidad *ratione materiae* y que, entre tanto, se seguiría empleando el término «funcionario» como denominación única aplicable a todas las categorías de personas cubiertas por cualquiera de los dos tipos de inmunidad de jurisdicción

²⁷ En la sinopsis que sirvió de base a la Comisión para incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo se ponía el énfasis en el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y otros altos funcionarios del Estado (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 213, anexo I, párr. 19, apdo. 4). Por su parte, el ex Relator Especial recogió en su informe preliminar un enfoque amplio que se refería a todos los funcionarios (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, párrs. 106 y 107). Aunque en los debates de la Comisión sobre dicho informe algunos de sus miembros expresaron su opinión de que el tema debía limitarse a los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 289), el enfoque amplio se ha mantenido desde ese momento.

²⁸ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32; véanse también los párrafos 56 y 57.

²⁹ Véase el proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 48).

³⁰ Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 193, documento A/CN.4/601, párr. 108.

³¹ Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 288 y 289.

³² Véanse *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 66, y *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32.

penal extranjera de los que se ocupa la Comisión³³. Esta propuesta fue avalada por la Comisión y se refleja en la advertencia contenida en nota al proyecto de artículo 1, párr. 1, provisionalmente aprobado en 2013, conforme a la cual «[e]l término “funcionarios” estará sujeto a reexamen»³⁴.

21. En consecuencia, dado que la definición del concepto de «funcionario» es esencial para el presente tema³⁵, en este tercer informe se aborda en particular la definición de las personas que pueden ser consideradas como beneficiarias de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, o, conforme a la terminología empleada hasta el momento por la Comisión, el concepto de «funcionario». Para llevar a cabo correctamente esta tarea es necesario tener en cuenta, al menos, cuatro premisas:

a) El concepto de «funcionario» no ha sido definido, con carácter general, por el derecho internacional;

b) Toda definición de «funcionario» debe ser realizada teniendo en cuenta que debe permitir incluir bajo la misma a cualquiera de las personas que queden cubiertas por la inmunidad *ratione personae* y por la inmunidad *ratione materiae*;

c) La elección del término más adecuado para referirse de forma unitaria a todas las personas beneficiarias de la inmunidad debe realizarse teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las categorías de personas cubiertas por la inmunidad *ratione personae* y las cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*;

d) Los términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas para referirse a las personas beneficiarias de la inmunidad deben ser homogéneos y equiparables y deben seguir, en la medida de lo posible, la terminología consolidada previamente en la práctica de la Comisión.

22. En resumen, el análisis del concepto de funcionario plantea dos tipos de cuestiones distintas, pero complementarias e interrelacionadas. La primera de ellas tiene naturaleza sustantiva y se refiere a los criterios que nos permiten identificar a una persona como susceptible de quedar cubierta por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. La segunda reviste una naturaleza preferentemente lingüística y se refiere a la elección del término más adecuado para referirse a las personas que, de forma general, responden a dichos criterios sustantivos. Cada

³³ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32 *in fine*.

³⁴ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 48, nota al artículo 1, párr. 1.

³⁵ La importancia de definir el concepto de «funcionario» ha sido destacada también por los Estados. Así, a título de ejemplo, se pueden citar las siguientes intervenciones de varios Estados en la Sexta Comisión: Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 10; Chile, *ibid.*, párr. 78; República de Corea, *ibid.*, párr. 107; Rumania, *ibid.*, párr. 112; Irlanda, *ibid.*, párr. 121; Italia, 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 5; Federación de Rusia, *ibid.*, párr. 46; Australia, *ibid.*, párr. 81. Además, algunos Estados se pronunciaron ya sobre la cuestión terminológica o sobre los criterios para definir el concepto de funcionario: Portugal, 17.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párrs. 92 y ss.; España, *ibid.*, párr. 142; Países Bajos, 18.ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 31; Chile, *ibid.*, párr. 79; Tailandia, 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 26 y Malasia, *ibid.*, párr. 37.

una de estas cuestiones será analizada a continuación de forma separada.

23. En todo caso, debe advertirse que, por razones de simplificación del texto y a fin de evitar confusiones, en este tercer informe se seguirá utilizando provisionalmente el término «funcionario», recogido en el título del tema.

B. Los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad

24. Como ya se ha señalado *supra*, el derecho internacional no ha definido con alcance general el concepto de «funcionario»³⁶. Por otro lado, la definición de dicho término (o de términos afines) es distinta en cada ordenamiento jurídico interno, por lo que las definiciones nacionales serían escasamente útiles para definir el concepto o, incluso, para elegir el término más adecuado para referirnos a esta categoría de personas. Por tanto, la definición del concepto de «funcionario» y la determinación de cuáles sean sus criterios identificativos a los fines del presente tema debe partir necesariamente de una aproximación basada en el análisis de la práctica judicial (nacional e internacional), de la práctica convencional, así como de los trabajos previos de la Comisión.

25. Estos elementos han sido ya analizados por la Comisión en relación con las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, a saber, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores. Y, al hacerlo, se han identificado también los elementos que los caracterizan y que justifican que se les reconozca dicha inmunidad. Así, como se señaló en el segundo informe, se trata de «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»³⁷. Dicha representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales proviene del «propio derecho internacional y [la] ejercen de forma automática y sin necesidad de que se produzca ningún acto expreso de apoderamiento por parte del Estado al que representan»³⁸.

26. En la misma línea, el comentario al proyecto de artículo 3, aprobado por la Comisión en 2013, afirma lo siguiente:

La Comisión considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para conceder la inmunidad *ratione personae* a los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan estos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos³⁹.

³⁶ El memorando elaborado en 2008 por la Secretaría (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párr. 5), así como el informe preliminar del ex Relator Especial parten de la misma constatación (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 194, documento A/CN.4/601, párr. 108).

³⁷ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 57.

³⁸ *Ibid.*, párr. 59.

³⁹ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 2.

27. De lo anterior cabe deducir los siguientes «criterios identificativos» de las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*:

a) Gozan de una especial posición dentro del Estado, que les otorga un vínculo privilegiado con el mismo;

b) Ejercen funciones que son propias del poder público, tanto en el interior del Estado como en el ámbito de las relaciones internacionales;

c) Representan internacionalmente al Estado al más alto nivel por el mero hecho del puesto que ocupan.

28. Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior, ha de advertirse que en las siguientes páginas el análisis de la práctica —en especial de la práctica judicial nacional— se aborda desde una perspectiva limitada a las personas que quedarían cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*. A través de la misma se trata de identificar, en primer lugar, cuáles son las personas respecto de las que se ha venido aplicando o alegando la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En segundo lugar, se trata de identificar igualmente si en dicha práctica se ha definido o no la existencia de criterios identificativos de las personas a las que calificamos como «funcionarios», o si —en su caso— dichos criterios pueden deducirse de las categorías de personas previamente identificadas.

1. LA PRÁCTICA JUDICIAL NACIONAL

29. Como se ha puesto de manifiesto de forma reiterada, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no ha sido objeto de un tratamiento generalizado ante los tribunales penales nacionales. Por el contrario, el número de asuntos en los que se ha hecho referencia en un proceso penal a «funcionarios» distintos del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores es limitado y está circunscrito a un número reducido de Estados. Por el contrario, ha de destacarse que esta limitada práctica en el ámbito penal se ve completada con una práctica más amplia seguida en procesos civiles que, a pesar de quedar fuera del ámbito de aplicación del presente tema, reviste interés a la hora de identificar a aquellas personas que los Estados consideran como cubiertas por alguna forma de inmunidad de jurisdicción.

30. Las decisiones de los tribunales nacionales han sido analizadas en los informes y documentos sometidos a la Comisión desde que en 2007 inscribió este tema en su programa de trabajo, siendo actualizado de manera continuada. Del análisis de dichos casos, así como de otras decisiones de tribunales nacionales dictadas con posterioridad, es posible extraer algunos elementos que resultan de interés para definir el concepto de «funcionario».

31. En primer lugar, interesa señalar que, en aquellos procedimientos de carácter penal donde los tribunales nacionales han afirmado la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios extranjeros, las personas a quienes se ha reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* ocupaban distintos puestos y desempeñaban distintas funciones dentro de la estructura del Estado. Entre ellas cabe mencionar las siguientes: ex primer ministro y ministro

de defensa⁴⁰, ministro del interior⁴¹, responsables (jefe de *Scotland Yard*)⁴² y miembros (un agente de policía⁴³ y un militar⁴⁴) de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como el director ejecutivo de una autoridad marítima⁴⁵.

32. En segundo lugar, el conjunto de sujetos beneficiados por la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* tiene un alcance más amplio y variado si se consideran los procedimientos judiciales iniciados contra funcionarios extranjeros con el propósito de obtener una compensación económica en el ámbito civil. En este contexto, también se ha invocado con éxito este tipo de inmunidad de jurisdicción para ciertas categorías de funcionarios del Estado. En este sentido, resultan ilustrativos los procedimientos judiciales iniciados contra un antiguo jefe de Estado⁴⁶, un miembro del gobierno⁴⁷, un miembro de una comisión del Poder Ejecutivo⁴⁸, un fiscal general del estado de Florida (Estados Unidos) y varios funcionarios de menor rango de ese mismo estado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la fiscalía y un jurista de una agencia del gobierno del estado de Florida)⁴⁹, un antiguo jefe de un servicio de inteligencia⁵⁰ y un antiguo jefe del servicio de seguridad nacional⁵¹.

33. En tercer lugar, hay que destacar que en otras ocasiones la pretensión de inmunidad de jurisdicción no ha prosperado ante los tribunales internos. Sin embargo, dichos tribunales se han ocupado también de la condición de «funcionario» de las personas procesadas, por lo que sus decisiones han de ser igualmente tenidas en cuenta. En particular, se incluyen dentro de esta situación

⁴⁰ Francia, *Association des familles des victimes du Joola*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de enero de 2010, *Bulletin des Arrêts. Chambre criminelle*, núm. 1, enero de 2010.

⁴¹ Reino Unido, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006 (Jones Núm. 2), *United Kingdom House of Lords* 2006, 26.

⁴² República Federal de Alemania, *Iglesia de la Ciencia*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 26 de septiembre de 1978, ILR, vol. 65, pág. 193.

⁴³ Irlanda, *Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, 2, 121.

⁴⁴ Italia, caso Lozano, Corte de Casación, Sala Penal (Italia), sentencia de 24 de julio de 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Reports* 1085.

⁴⁵ Francia, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala Penal, sentencia de 23 de noviembre de 2004.

⁴⁶ Estados Unidos, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 6/10*, Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, sentencia de 8 de septiembre de 2004 (383 *Federal Reporter* 3d 620).

⁴⁷ Estados Unidos, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Corte Suprema de Nueva York, sentencia de 31 de octubre de 1988 (141 *New York Miscellaneous Reports* 2d 787).

⁴⁸ Estados Unidos, *Chiudian v. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, sentencia de 29 de agosto de 1990 (912 *Federal Reporter* 2d 1095).

⁴⁹ Canadá, *Jaffe v. Miller and others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 17 de junio de 1993 (ILR, vol. 95, pág. 446).

⁵⁰ Estados Unidos, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, sentencia de 15 de febrero de 2008 (515 *Federal Reporter* 3d 1279).

⁵¹ Estados Unidos, *Raed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, sentencia de 2 de mayo de 2007 (500 *Federal Reporter* 2d 284).

antiguos jefes de Estado⁵² o de gobierno⁵³, un vicepresidente y ministro de bosques⁵⁴, los descendientes de un antiguo jefe de Estado que no desempeñaban ninguna función oficial dentro de la estructura del Estado⁵⁵, un ministro de defensa⁵⁶, antiguos ministros de defensa⁵⁷, un ministro de estado⁵⁸, jefes de la seguridad nacional⁵⁹, un coronel del ejército⁶⁰ y otros militares de menor rango (marinos italianos)⁶¹, agentes fronterizos⁶², así como un empleado público (antiguo militar)⁶³.

⁵² Estados Unidos, *Philippines v. Ferdinand E. Marcos and others*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, sentencia de 26 de noviembre de 1986 (806 *Federal Reporter* 2d 344); y Reino Unido, *Regina v. Bartle and others*, ex parte *Pinochet*, Cámara de los Lores, sentencia de 24 de marzo de 1999 (ILM, vol. 38 (1999), pág. 581).

⁵³ Estados Unidos, *Marcos Perez Jimenez v. Miguel Aristiguieta y John E. Maguire*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Quinto Circuito, sentencia de 12 de diciembre de 1962.

⁵⁴ Francia, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Corte de Apelaciones de París, Pôle 7, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013. Esta sentencia es, además, interesante por ser el único caso en que un tribunal nacional parece limitar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de cualquier funcionario del Estado a la inmunidad *ratione materiae*. Se trata de una sentencia dictada en respuesta a un recurso introducido por la República de Guinea Ecuatorial en el marco de un procedimiento penal por blanqueo y ocultamiento de bienes que se sigue contra varias personas, entre ellas Teodoro Nguema Obiang Mangue, hijo del Presidente de Guinea Ecuatorial y a la sazón Vicepresidente del Gobierno de dicho país y Ministro de Bosques, por el que pretende la declaración de nulidad de la orden de arresto dictada contra el Sr. Nguema alegando, entre otras razones, que Francia ha violado la inmunidad de que gozan los Jefes de Estado y otras personas que ocupan cargos de alto nivel en un Estado extranjero. Aunque la Corte de Apelaciones reconoce que «la costumbre internacional, en ausencia de disposiciones internacionales en contrario, se opone al enjuiciamiento de los Estados en las jurisdicciones penales de un Estado extranjero, y que esa costumbre se extiende a los órganos y entidades que constituyen la emanación de ese Estado, así como a sus agentes en razón de los actos que conciernen a la soberanía del Estado de que se trata, ese principio encuentra sus límites en el ejercicio de las funciones estatales», añadiendo que los crímenes perseguidos «no forman parte del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía e inmunidad diplomática» (fundamentos jurídicos, apartado C, párrafos segundo a cuarto).

⁵⁵ Estados Unidos, *Maximo Hilao et al. Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, sentencia de 16 de junio de 1994 (25 *Federal Reporter* 3d 1467).

⁵⁶ Reino Unido, *General Shaul Mofaz*, Juez de Distrito Bow Street, sentencia de 12 de febrero de 2004 (véase un comentario en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, parte 3 (julio de 2004), pág. 771).

⁵⁷ Estados Unidos, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez y Jose Alfredo Callejas v. Hector Gramajo y Diana Ortiz v. Hector Gramajo*, Tribunal del Distrito de Massachusetts, sentencia de 12 de abril de 1995 (886 *Federal Reporter Supp.* 1467); y Suiza, A. c. *Ministère public de la Confédération, B. et C.*, Tribunal Penal Federal, sentencia de 25 de julio de 2012 (caso BB.2011.140).

⁵⁸ Francia, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, RGDIP, t. LXVI, 1962, pág. 418.

⁵⁹ Estados Unidos, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, Tribunal del Distrito de Nueva York, sentencia de 18 de abril de 1996 (921 *Federal Reporter Supp.* 1189); y Reino Unido, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Superior (Tribunal Divisional), sentencia de 29 de julio de 2011 (ILR, vol. 147, pág. 633).

⁶⁰ Italia, *Public Prosecutor v. Adler et al.*, Tribunal de Primera Instancia de Milán, Sección Penal Cuarta, sentencia de 1 de febrero de 2010 (*Oxford Reports on International Law*).

⁶¹ India, *Italy and others v. India and others*, Tribunal Supremo, sentencia de 18 de enero de 2013 (4 *Supreme Court Cases* 721).

⁶² Alemania, *Border Guards*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (ILR, vol. 100, pág. 364).

⁶³ Reino Unido, *R. v. Lambeth Justices*, ex parte *Yusufu*, Tribunal Divisional, sentencia de 8 de febrero de 1985 (ILR, vol. 88, pág. 323).

34. Por otro lado, interesa señalar que en los casos donde se ha reconocido la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* a los funcionarios extranjeros, los tribunales nacionales han relacionado esa inmunidad de jurisdicción con su condición como agente que actúa por cuenta del Estado. Así, en el Reino Unido, la Cámara de los Lores, resolviendo un litigio donde se demandaba a varios funcionarios sauditas, concluyó que «todos los individuos demandados, en el momento relevante, estaban o pretendían estar actuando como empleados o agentes» y «sus actos eran, por consiguiente, atribuibles al Reino»⁶⁴. En otro caso resuelto en Alemania por el Tribunal Supremo Federal donde se discutía la actuación de la policía británica, el Tribunal afirmó que «*Scotland Yard*—y por consiguiente su jefe— estaba actuando como el agente expresamente designado por el Estado británico en el contexto de la aplicación del tratado en cuestión. [...] Los actos de tales agentes constituyen un comportamiento directo del Estado y no pueden ser caracterizados como actos privados del individuo autorizado para desempeñarlos»⁶⁵. Una posición similar se ha mantenido en Irlanda por la Corte Suprema al señalar que un policía «pretendía y tenía la intención de desempeñar y, de hecho, estaba desempeñando las labores y funciones propias de su puesto»⁶⁶. En Francia, los tribunales han comentado esta relación entre el funcionario enjuiciado y el Estado, al poner de relieve con relación al director ejecutivo de una autoridad marítima que se trataba «de actos de poder público desarrollados en el ejercicio de sus funciones en nombre y bajo el control del Estado de Malta»⁶⁷. Los tribunales franceses, al tratar la inmunidad de jurisdicción penal de un antiguo ministro de defensa del Senegal, han afirmado que «por razón de la especialidad de sus funciones y por la proyección internacional que estas poseen, debe poder actuar libremente por cuenta del Estado al que representa»⁶⁸.

35. La relación entre el funcionario y el Estado también ha estado presente en el razonamiento de los tribunales internos que han atendido reclamaciones contra funcionarios en el orden civil. En este sentido, son ilustrativos varios precedentes de la jurisprudencia de los Estados Unidos que han reconocido la inmunidad de jurisdicción cuando el funcionario realiza actividades por cuenta del Estado, esto es, «actuando de conformidad con [su] condición de funcionario»⁶⁹ y «como un agente o un instrumento del Estado»⁷⁰. En esta misma línea de principio, *a contrario sensu*, estos mismos tribunales han afirmado que «un litigio iniciado contra un funcionario extranjero que actúe fuera del ámbito de sus competencias no implica ninguna de los problemas de política exterior inherentes a la presentación de una demanda contra otro gobierno en los tribunales de los Estados Unidos»⁷¹.

⁶⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones No. 2) (nota 41 *supra*), sentencia de 14 de junio de 2006 (Lord Bingham of Cornhill, párr. 13).

⁶⁵ *Iglesia de la Cienciología* (nota 42 *supra*), pág. 198.

⁶⁶ *Caso Schmidt* (nota 43 *supra*).

⁶⁷ Véase la nota 45 *supra*.

⁶⁸ *Association des familles des victimes du Joola* (nota 40 *supra*), pág. 47.

⁶⁹ *Caso Matar* (nota 51 *supra*).

⁷⁰ *Caso Ali Saadallah Belhas* (nota 50 *supra*).

⁷¹ *Casos Kline* (nota 47 *supra*); *Chiudian* (nota 48 *supra*); *Hilao* (nota 55 *supra*); *Xuncax* (nota 57 *supra*); y *Bawol Cabiri* (nota 59 *supra*).

36. De dicha práctica debe deducirse, ante todo, una primera conclusión, a saber, la variedad de los funcionarios extranjeros que han sido sometidos o se ha pretendido someter a una jurisdicción nacional y respecto de los cuales se ha suscitado la cuestión de la inmunidad de jurisdicción. Dichos funcionarios responden, además, a muy distintas categorías por lo que se refiere al vínculo que les une con el Estado. Así, mientras que algunos de ellos tienen un vínculo eminentemente político por haber recibido un mandato de tal naturaleza (ministros y otros miembros del gobierno, fiscal general, jefe de seguridad nacional, etc.), otros mantienen un vínculo de naturaleza administrativa, por formar parte de la estructura civil o militar del Estado en la que ejercen su actividad de manera permanente (agentes diplomáticos, fiscales y otro personal de la fiscalía, policías, miembros de las fuerzas armadas, agentes de aduanas, entre otros).

37. Junto a ello, y directamente relacionado con la observación anterior, debe destacarse la existencia de dos grandes grupos de funcionarios clasificados en función de la posición que ocupan en el Estado y su capacidad de influencia y decisión dentro del mismo. En el primero, que es mayoritario en la jurisprudencia analizada, se encuentran aquellos funcionarios que se sitúan en los niveles más altos de la estructura estatal (civil o militar), que dirigen departamentos ministeriales u otros departamentos o estructuras administrativas (entendidas en sentido amplio) del Estado, que tienen una elevada capacidad de decisión y que, en ocasiones, reciben atribuciones de representación del Estado tanto a nivel interno como internacional (en este segundo caso, por un acto de atribución expresa del Estado). En el segundo grupo, minoritario, se situarían aquellos que no tienen capacidad decisoria y que se limitan a cumplir y ejecutar decisiones adoptadas por funcionarios de nivel superior. Ello permite establecer una diferenciación entre los «funcionarios de alto nivel» y los «demás funcionarios», a la que con frecuencia se hace referencia en la jurisprudencia internacional, en la práctica estatal y en la doctrina. Respecto de dichas categorías, la práctica judicial nacional pone de manifiesto que la mayoría de los funcionarios extranjeros respecto de los que se ha planteado la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* se sitúan en los escalones altos y medios de la estructura administrativa, siendo muy reducido el número de casos en que la inmunidad se ha planteado respecto de funcionarios de bajo nivel. En todo caso, interesa subrayar que la jurisprudencia no permite concluir que todos los funcionarios de alto nivel se correspondan necesariamente con aquellos que tienen un vínculo de naturaleza preferentemente política con el Estado.

38. Por último, ha de destacarse que, con carácter general, los tribunales nacionales no describen los criterios que permitirían calificar a dichas personas como funcionarios, a excepción de la referencia al desempeño de funciones públicas y a la actuación como agente del Estado, en nombre o por cuenta del mismo.

2. LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

39. Varios tribunales internacionales se han pronunciado, de forma directa o indirecta, sobre cuestiones que afectan a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera

de los funcionarios del Estado. Entre ellos, la Corte Internacional de Justicia ocupa un lugar destacado, por cuanto ha tenido que ocuparse en dos ocasiones sobre asuntos relacionados con este tema y, por tanto, ha tenido que tomar en consideración la naturaleza de diversas personas que desempeñan ciertos cargos del Estado que pueden encuadrarse en el concepto de «funcionario». Así, baste con recordar que en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁷² la Corte analizó la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, y que en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁷³ la controversia se refería a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Presidente de la República, del Fiscal de la República y del Jefe de Seguridad Nacional de Djibouti.

40. En el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Corte Internacional de Justicia se ha referido a «ciertas personas que ocupan un nivel elevado en el Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, que gozan en los otros Estados de inmunidades de jurisdicción tanto civil como penal»⁷⁴. Sin embargo, como es sabido, la Corte se ha centrado en su sentencia en el Ministro de Relaciones Exteriores, respecto del que afirma que «las inmunidades no le son reconocidas [...] para su beneficio personal, sino para permitirle cumplir libremente sus funciones por cuenta del Estado al que representa»⁷⁵. Dichas funciones, que son analizadas detalladamente por la Corte, responden al ejercicio de prerrogativas propias del poder público al más alto nivel.

41. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Corte Internacional de Justicia ha reiterado la posición de los funcionarios de alto nivel ya mantenida en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁷⁶. Por lo que se refiere al tratamiento dado al Fiscal de la República y al Jefe de Seguridad Nacional, la Corte concluyó que no se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y no se pronunció sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, al analizar esta posibilidad formula afirmaciones que son de interés para definir el concepto de funcionario al que se aplicaría este segundo tipo de inmunidad. Así, se refiere expresamente a la condición de que los actos realizados por dichos altos funcionarios «fuesen efectivamente actos realizados en el marco de sus funciones en tanto que órganos del Estado»⁷⁷. Considera igualmente que no está claro que Djibouti mantenga como alegación principal que las personas en cuestión «se beneficiasen de las inmunidades funcionales en tanto que órganos del Estado»⁷⁸. Y, por último, se refiere al hecho

⁷² Fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3.

⁷³ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 15.

⁷⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 21, párr. 51. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 53.

⁷⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 236, párr. 170.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 243, párr. 191.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 193.

de que Djibouti nunca comunicó a Francia que «los actos denunciados [...] fuesen actos del Estado djiboutiano, y que el fiscal de la República y el jefe de la seguridad nacional constituyesen órganos, establecimientos u organismos de aquel encargado de asegurar la ejecución de dichos actos»⁷⁹. De estas afirmaciones se pueden deducir los elementos que a juicio de la Corte identifican a las personas que pueden beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*, a saber, ostentar la condición de órgano del Estado y actuar en nombre o por cuenta del mismo. En relación con el primero de los criterios, debe destacarse que la Corte ha empleado la terminología de órgano recogida en el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.

42. En resumen, de las dos sentencias analizadas, pueden deducirse los siguientes elementos que son útiles para definir el concepto de funcionario a los efectos de nuestro tema: a) la existencia de dos categorías de personas que se benefician, respectivamente, de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*; b) la identificación de los primeros como funcionarios de alto nivel que ejercen funciones representativas del Estado a nivel internacional; c) la identificación de los segundos como órganos del Estado que actúan en nombre y por cuenta del mismo; y d) la consideración del desempeño de funciones oficiales como un elemento central para identificar a las personas eventualmente cubiertas por la inmunidad.

43. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado igualmente de varios asuntos que tienen su origen en supuestos en los que se ha discutido la inmunidad de jurisdicción ante tribunales nacionales y que, en alguna forma, hacen referencia a comportamientos criminales supuestamente cometidos por personas que podrían encuadrarse en el concepto de funcionario analizado en el presente informe. En relación con dichos asuntos, debe destacarse que las sentencias del Tribunal no se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera sino a la inmunidad jurisdiccional frente a acciones civiles⁸⁰, y que el Tribunal se pronuncia sobre la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción civil con el derecho al juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

44. En el asunto *Al-Adsani*, que ya ha sido estudiado por la Comisión, los hechos que están en el origen de la demanda son la detención y torturas que el demandante habría sufrido por parte del jeque Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah y por otras dos personas, en un centro de detención de la seguridad kuwaití y en el palacio del

hermano del emir de Kuwait, habiéndose utilizado vehículos oficiales durante los desplazamientos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa únicamente en este asunto de la inmunidad de jurisdicción civil de Kuwait ante los tribunales del Reino Unido. El Tribunal no se pronuncia sobre una eventual inmunidad de las personas autoras de las torturas, ya que los tribunales del Reino Unido habían procedido contra estas tres personas, dictando una sentencia en rebeldía contra el jeque y autorizando al demandante a actuar contra las otras dos personas⁸¹. Por consiguiente, no es posible encontrar en la sentencia *Al-Adsani* ningún elemento que sirva para definir el concepto de funcionario a los efectos del presente tema.

45. Por el contrario, la reciente sentencia recaída en el asunto *Jones et autres c. Royaume-Uni* reviste mayor interés a los efectos del presente informe. A pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara seguir la posición adoptada en el asunto *Al-Adsani*, en la misma no se pronuncia sobre una demanda civil dirigida contra el Estado (la Arabia Saudita) sino sobre la inmunidad de jurisdicción civil referida a demandas, igualmente civiles, dirigidas contra personas individuales que actúan como órganos del Estado. En el caso *Jones v. Saudi Arabia*, los demandantes alegan haber sufrido torturas durante su detención por parte de funcionarios de la Arabia Saudita, por lo que presentaron en su día acciones civiles contra dichos funcionarios y contra el propio Estado ante los tribunales británicos con el fin de obtener una indemnización por los daños sufridos. Los individuos demandados en el Reino Unido fueron el ministro del interior, un teniente coronel, el subdirector de la cárcel donde estuvieron detenidos algunos de los demandantes y dos policías. El Tribunal Superior rechazó inicialmente las demandas dirigidas tanto contra la Arabia Saudita como contra los funcionarios antes mencionados, por considerar que ambos se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción civil⁸². Frente a ello, el Tribunal de Apelaciones aceptó el recurso presentado por los demandantes y admitió que pudieran dirigirse contra las personas designadas a título individual por considerar que no se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción civil al tratarse de una reclamación presentada en relación con actos de tortura⁸³. Sin embargo, la Cámara de los Lores declaró finalmente la inmunidad respecto de las demandas presentadas contra los individuos por considerarlos agentes o funcionarios del Estado y entender que los hechos en cuestión, aun tratándose de torturas, son actos del Estado y este se beneficia de inmunidad⁸⁴.

46. En su sentencia *Jones et autres c. Royaume-Uni*, de 14 de enero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos continúa los argumentos ya formulados en el caso *Al-Adsani* y avanza en los mismos, hasta pronunciarse sobre el carácter de las personas que presuntamente cometieron los hechos denunciados, su vinculación con el

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 244, párr. 196.

⁸⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido expresamente a la distinción entre los procedimientos civiles y penales en su sentencia en el asunto *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, de 21 de noviembre de 2001, demanda núm. 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, párrs. 34, 61 y 66. Dicha distinción, sin embargo, fue rechazada por los jueces que votaron en contra de la sentencia (véase la opinión disidente de los jueces Rozakis y Caflish, a la que declaran adherirse los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić). Esta distinción ha sido nuevamente señalada por el Tribunal en el asunto *Jones et autres c. Royaume-Uni* (demandas núms. 34356/06 y 40528/06), de 14 de enero de 2014, párr. 207. Dicha distinción ha sido igualmente criticada en la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva. Sin embargo, el Reino Unido ha aceptado dicha distinción (véase el párrafo 179 de la sentencia).

⁸¹ Véase *Al-Adsani* (nota precedente), párrs. 14 y 15.

⁸² Decisiones del Tribunal de Justicia de 30 de julio de 2003 y 18 de febrero de 2004.

⁸³ Reino Unido, Tribunal de Apelaciones, *Jones v. Saudi Arabia*, fallo de 28 de octubre de 2004 (Jones No. 1), EWCA Civ 1394.

⁸⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones No. 2) (nota 41 *supra*), sentencia de 14 de junio de 2006 (publicada en *All England Law Reports*, [2007] 1, 10 de enero de 2007, págs. 113 a 146).

Estado y la naturaleza de los actos realizados. Tras dicho examen el Tribunal concluye que la inmunidad declarada por los tribunales británicos en este caso no es incompatible con el derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata del primer caso en que el Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión⁸⁵ y la sentencia aborda la evolución del tema en el derecho internacional contemporáneo, mencionando los trabajos de la Comisión⁸⁶. La sentencia reviste un interés suficiente como para ser analizada en profundidad desde distintas perspectivas. Sin embargo, por lo que se refiere a los temas abordados en este tercer informe, ha de destacarse que el Tribunal no ofrece un tratamiento pormenorizado de los elementos que permiten calificar a una persona como funcionario, limitándose a afirmar «la inmunidad del Estado, en principio, ofrece protección a los empleados o funcionarios de un Estado extranjero con relación a los actos desarrollados por cuenta del Estado»⁸⁷, añadiendo que «los particulares solo se benefician de la inmunidad del Estado *ratione materiae* cuando los actos impugnados fueron desarrollados en el ejercicio de sus funciones oficiales»⁸⁸.

47. En resumen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera los dos elementos básicos que se han venido manteniendo en la jurisprudencia nacional e internacional: la existencia de un vínculo entre el Estado y el individuo, que actúa en nombre del primero, y el ejercicio de funciones oficiales. En cualquier caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Tribunal ha abordado la cuestión de la inmunidad en su dimensión *ratione materiae*, aplicando dicha categoría a todas las personas demandadas en el Reino Unido, entre las que se encuentran varios funcionarios de alto nivel, incluido el ministro del interior.

48. Los tribunales penales internacionales han procesado a personas que podrían ser encuadradas en la categoría de funcionarios a los efectos del presente informe. Sin embargo, dichos procesamientos se han realizado, a los efectos que ahora nos interesan, sobre la base de los principios de la irrelevancia del cargo oficial y de la inoponibilidad de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales penales internacionales. En consecuencia, no es frecuente encontrar en la jurisprudencia de dichos tribunales pronunciamientos que puedan ser de interés para definir el concepto de funcionario. Sin embargo, la sentencia de 29 de octubre de 1997, dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaskić*⁸⁹, constituye una excepción a esta regla, ya que contiene algunas consideraciones referidas a esta cuestión.

⁸⁵ Ello ha motivado el que dos jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hayan planteado en sus respectivas opiniones la conveniencia de haber remitido el asunto a la Gran Sala, a fin de que esta se pronunciase sobre la continuidad o no de la doctrina expresada en el asunto *Al-Adsani*. Véanse la opinión concurrente del juez Bianku y la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva.

⁸⁶ Véase la sentencia *Jones et autres c. Royaume-Uni* (nota 78 *supra*), párrs. 95 a 101.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 204.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 205.

⁸⁹ Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997.

49. En el caso *Blaskić*, la Sala de Apelaciones responde al recurso interpuesto por Croacia respecto de la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1979. Mediante dicho recurso impugna la competencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia para dirigir una orden obligatoria de comparecer y producir documentos dirigida a un Estado o a los funcionarios del mismo (*subpoena*). Al responder a esta cuestión, la Sala de Apelaciones se pronuncia sobre la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y, en ese marco, concluye que los funcionarios públicos («*State officials*» en inglés y «*responsables officiels d'États*» en francés) que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales gozan de una inmunidad funcional reconocida en el derecho internacional consuetudinario⁹⁰. Ello lo justifica en las características de dichas personas, a las que se refiere en otros considerandos de la sentencia como «meros instrumentos del Estado», como «instrumento del aparato estatal»⁹¹, o como «agentes del Estado»⁹². En todo caso, el funcionario solo actúa como órgano estatal cuando ejerce sus funciones oficiales⁹³; en caso contrario se englobaría dentro de la categoría de «personas que actúan en su capacidad privada»⁹⁴. En consecuencia, se puede concluir que también para el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia el concepto de funcionario está vinculado con la actuación en nombre y por cuenta del Estado y por el ejercicio de funciones oficiales.

3. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL

50. Aunque el derecho internacional general no define el concepto de «funcionario», es posible encontrar tratados que contienen disposiciones en las que se utiliza este término o, de una forma más amplia, se hace referencia a categorías de personas que podrían encuadrarse en este concepto. En el presente informe se analiza exclusivamente un conjunto de tratados multilaterales que revisten especial significado para nuestro tema, bien porque contienen disposiciones relativas a la inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios, bien porque utilizan el concepto de funcionario del Estado como un elemento esencial para definir el régimen jurídico que se establece en los mismos.

a) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

51. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas emplea en su preámbulo la expresión «funcionarios diplomáticos»⁹⁵, que en su parte dispositiva sustituye por la de «agente diplomático» a los efectos de incluir al jefe de misión y al resto de los miembros del personal diplomático⁹⁶. Sin embargo, la Convención no define en términos sustantivos qué se entiende por dicho término, sin duda por tratarse de un concepto sobre el que existe un amplio consenso internacional. Lo mismo sucede en los trabajos de la Comisión que dieron lugar

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 38.

⁹¹ *Ibid.*, párrs. 38, 44 y 51.

⁹² *Ibid.*, párr. 38.

⁹³ *Ibid.*, párr. 44.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 49.

⁹⁵ Preámbulo, párrafo primero.

⁹⁶ Art. 1, apdo. e.

a esta Convención⁹⁷. A ello debe añadirse, por otro lado, que la Convención incluye otras categorías de personas vinculadas a la misión diplomática que no son agentes diplomáticos. Las funciones de estas categorías, que incluyen al personal administrativo y técnico y al personal de servicio, son brevemente descritas en el artículo 1 de la Convención.

52. A todas estas categorías se les va a reconocer alguna forma de inmunidad de jurisdicción, si bien el alcance de la misma es diferente en cada una de ellas, siendo la más amplia la reconocida a los agentes diplomáticos y la más reducida la reconocida al personal de servicio⁹⁸. Por último, es de destacar que los «criados particulares», no gozan de inmunidad alguna, salvo que el Estado receptor voluntariamente se la otorgue⁹⁹. En cualquier caso, el reconocimiento de inmunidad a estas personas encuentra su punto común en el ejercicio de ciertas funciones al servicio del Estado que envía, con el que les une un vínculo formal, con independencia de la forma jurídica que revista dicho vínculo (estatutaria o contractual). La naturaleza de dichas funciones, tal y como aparecen recogidas en la Convención, no admite duda alguna: se trata de funciones y actividades que revisten naturaleza pública y oficial. Así, baste con mencionar que todas ellas se realizan con la finalidad de cumplir con las funciones propias de la misión diplomática enunciadas en el artículo 3 de la Convención, que constituyen una manifestación evidente del poder público. Esta vinculación con el ejercicio de funciones públicas es máximo en el caso de los agentes diplomáticos, a los que, en virtud del artículo 42, no les está permitido el ejercicio «en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio». En el resto de las categorías de personal de la misión, la referencia a la conexión con el Estado que envía y con las finalidades públicas de las actividades de la misión queda igualmente de manifiesto en la referencia continuada a «sus funciones oficiales» como el parámetro para la concesión de alguna forma de inmunidad de jurisdicción.

53. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta igualmente que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas privilegia un especial vínculo de las citadas categorías de personas con el Estado, a saber, la nacionalidad. Aunque dicho vínculo no es determinante para el desempeño de las funciones diplomáticas, administrativas, técnicas o de servicio en la misión, tiene consecuencias en el régimen aplicable a la inmunidad de jurisdicción y tiene interés a los efectos del presente informe¹⁰⁰. Así, baste con recordar que el artículo 38, párr. 1, limita la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos que son nacionales del Estado receptor o que tienen en él su residencia permanente a «los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones», y que, paralelamente, no reconoce ningún tipo de inmunidad a las demás categorías de personas que se encuentren en la misma situación, que solo podrán beneficiarse de la misma si el Estado receptor libre y voluntariamente

se la otorga. De esta manera se refuerza la relación existente entre reconocimiento de la inmunidad y ejercicio de funciones oficiales en nombre del Estado. Esta relación ya fue puesta de manifiesto por la propia Comisión, que en su comentario al proyecto de artículo 37 (luego artículo 38, párr. 1 en la Convención) afirmó que en este caso era necesario asegurar que los agentes diplomáticos que se encuentran en esta situación deben «disfrut[ar] al menos de un mínimo de inmunidad para permitirle[s] el eficaz desempeño de sus funciones»¹⁰¹.

54. En resumen, es el vínculo con el Estado, la actuación por cuenta del mismo y el ejercicio de actividades oficiales en su beneficio, a través de la misión diplomática, lo que permite identificar a las distintas categorías de personas que, en el marco de las relaciones diplomáticas, se benefician de la inmunidad, y son, por tanto, dichos elementos los que permiten identificar a los funcionarios del Estado.

b) *Convención sobre las Misiones Especiales*

55. La Convención sobre las Misiones Especiales sigue una estructura similar a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas al identificar las categorías de personas que forman parte de la misión y que se benefician de alguna forma de inmunidad. No obstante, introduce alguna pequeña variante que se explica por la naturaleza especial de este tipo de actividad diplomática. Así, la Convención sobre las Misiones Especiales incluye al jefe de misión, a los miembros del personal diplomático, a los miembros del personal administrativo y técnico y a los miembros del personal de servicio. Además, añade la figura del «representante», que se define en términos sustantivos por el especial mandato de representación que le atribuye el Estado, siendo indiferente en qué categoría de las mencionadas anteriormente se incluya¹⁰². Es de destacar que esta Convención no utiliza en ningún momento el término «funcionario».

56. El régimen de las inmunidades de jurisdicción reconocidas a las categorías de personas antes mencionadas es similar al fijado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, siendo de destacar nuevamente el criterio de las funciones desempeñadas dentro de la misión como el elemento determinante para definir las categorías de personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción y para determinar el alcance de la misma¹⁰³. En este caso, la vinculación con el Estado y la naturaleza pública de las citadas funciones viene determinada por la definición misma de la misión especial, a

¹⁰¹ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 110, párr. 3 del comentario al artículo 37.

¹⁰² Véase el artículo 14, en el que se establece que «[e]l jefe de la misión especial o, si el Estado que envía no ha nombrado jefe, uno de los representantes del Estado que envía, designado por este, estará autorizado para actuar en nombre de la misión especial y dirigir comunicaciones al Estado receptor». En el artículo 1, apdo. e se define como «representante del Estado que envía en la misión especial» a «toda persona a la que el Estado que envía haya atribuido el carácter de tal». Téngase en cuenta que el representante del Estado no debe ser necesariamente un miembro del personal diplomático, tal y como se deduce de la distinción entre ambas categorías de personas a lo largo de la Convención (véanse, a título de ejemplo, los artículos 29, 31, 40, párr. 1, y 48).

¹⁰³ Véanse, en particular, los artículos 31, 36 y 37.

⁹⁷ Véase *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 17, que recoge el proyecto de artículos referentes a las relaciones e inmunidades diplomáticas, adoptado en segunda lectura. Nótese que el artículo 1, dedicado a las definiciones, no incluye ningún comentario.

⁹⁸ Véanse los artículos 31 y 37, párrs. 2 y 3.

⁹⁹ Art. 37, párr. 4 del comentario.

¹⁰⁰ Véanse los artículos 8 y 38.

saber, «una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado»¹⁰⁴. A ello se añade, de nuevo, la prohibición para los representantes del Estado y para los miembros del personal diplomático de ejercer «en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio»¹⁰⁵. Por lo que se refiere a las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, su inmunidad se ve afectada por estos factores, limitándose a los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» por los representantes del Estado que envía o por los miembros diplomáticos de la misión¹⁰⁶.

57. La Convención sobre las Misiones Especiales contempla, además, una categoría específica de personas a las que se reconoce un régimen privilegiado de inmunidades que se define de la siguiente manera en su artículo 21:

1. El jefe de Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional.

58. La inclusión de esta categoría de personas se explica, sin duda, por la peculiaridad de las misiones especiales y por el hecho de que, con una cierta frecuencia, están encabezadas por el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores, otro ministro u otra alta autoridad del Estado. El interés de esta disposición radica, precisamente, en la distinción entre dos diferentes categorías de personas a las que se aplicarían regímenes parcialmente diferenciados. Por otro lado, introduce la expresión «demás personalidades de rango elevado» que no se contemplaba en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁰⁷.

59. En todo caso, también la Convención sobre las Misiones Especiales pone el énfasis en el vínculo con el Estado, en la actuación por cuenta del mismo y en el ejercicio de funciones oficiales, que se convierten en los criterios que sirven para identificar a las personas (funcionarios del Estado) que se benefician de la inmunidad. Junto a ello, la incorporación de la referencia al jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado introduce la dimensión de los «funcionarios de alto nivel», que tienen un vínculo con el Estado que va más allá de la pertenencia a la estructura administrativa (entendida en sentido amplio) del Estado.

¹⁰⁴ Art. 1, apdo. a. El carácter representativo de la misión especial se encuentra igualmente en el párrafo séptimo del preámbulo de la Convención.

¹⁰⁵ Art. 48.

¹⁰⁶ Art. 40, párr. 1; véase también el artículo 10.

¹⁰⁷ La Comisión ya ha advertido del empleo de esta denominación en su comentario, aprobado provisionalmente en 2013. Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, proyecto de artículo 3, párr. 11.

c) *Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*

60. La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (en adelante, la Convención de Viena de 1975) enuncia en su artículo 1 varias categorías de personas que pueden beneficiarse del régimen jurídico previsto en su articulado. Entre dichas personas no solo se encuentran el jefe de misión y el jefe de delegación, sino también otros miembros de la misión o la delegación. Dentro de esta categoría se incluyen los miembros del personal diplomático de la misión o delegación, el personal administrativo y técnico, así como el personal de servicio. Como sucede con la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena de 1975 no define de manera sustantiva qué se entiende por jefe de misión o jefe de delegación. Tampoco la Comisión se ocupó de esta cuestión en los trabajos que dieron lugar a esta Convención¹⁰⁸.

61. La Convención de Viena de 1975 establece un régimen de inmunidad de jurisdicción aplicable a las personas antes mencionadas que se hace depender de la naturaleza de la relación que mantiene la persona con el Estado y, en particular, de las funciones que desarrolla dentro de la misión o de la delegación. De esta manera, la más amplia inmunidad se concede a los jefes de misión y delegación y demás miembros del personal diplomático de la misión o delegación¹⁰⁹ y la más reducida se otorga a favor del personal de servicio¹¹⁰. De manera especial, cabe destacar que, en el caso del personal administrativo y técnico, la inmunidad de jurisdicción no se extiende a los actos desempeñados fuera del ámbito de sus funciones¹¹¹ y, en el caso del personal de servicio, la inmunidad de jurisdicción queda limitada a los actos desarrollados en el contexto de sus funciones¹¹². Por su parte, el personal dedicado al servicio privado carece de inmunidad de jurisdicción, salvo que el Estado receptor se la conceda¹¹³. Junto a ello, cabe destacar que el carácter oficial de las tareas encomendadas a las personas que podríamos calificar como funcionarios se refuerza por el hecho de que la Convención recoge la prohibición de ejercer «en el Estado huésped ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio» por parte del jefe de misión y el resto del personal diplomático¹¹⁴. Por último, respecto de las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, la inmunidad se limita a los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» por el jefe de misión o de delegación y el resto del personal diplomático de la misión o la delegación¹¹⁵.

¹⁰⁸ Véase el proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales y sus comentarios, en *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 307, párr. 60.

¹⁰⁹ Véanse los artículos 30 y 60.

¹¹⁰ Véanse los artículos 36, párr. 3 y 66, párr. 3.

¹¹¹ Véanse los artículos 36, párr. 2 y 66, párr. 2.

¹¹² Véase la nota 108 *supra*.

¹¹³ Véanse los artículos 36, párr. 4 y 66, párr. 4.

¹¹⁴ Art. 39, párr. 1.

¹¹⁵ Véanse los artículos 36 y 37.

62. Asimismo, con relación a las delegaciones enviadas a conferencias internacionales promovidas por una organización internacional de carácter universal, el texto de la Convención de Viena de 1975 estipula en su artículo 50 que las inmunidades reconocidas en esta convención son complementarias a las que el derecho internacional le confiere al jefe de Estado, al jefe de gobierno, al ministro de relaciones exteriores y a otras personalidades de rango elevado:

1. El jefe de Estado o todo miembro de un órgano colegiado que ejerza las funciones de jefe de Estado de conformidad con la constitución del Estado de que se trate, cuando encabece la delegación, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores o toda persona de rango elevado, cuando encabece la delegación o sea miembro de ella, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a esas personas.

63. Con relación a estas personalidades de rango elevado, que también se mencionan en la Convención sobre las Misiones Especiales, conviene destacar que la Comisión realizó una interesante puntualización en su comentario al artículo 50:

[L]a Comisión estimó que las personalidades de rango elevado mencionadas en el párrafo 2 tenían derecho a privilegios e inmunidades en virtud de las funciones que desempeñaban en su país y que como jefes de la misión no desempeñarían tales funciones. La expresión «personalidades de rango elevado» se refiere, pues, no a unas personas a las que su Estado concede un rango especialmente elevado por las funciones que desempeñan en una misión sino a personas que ocupan posiciones elevadas en sus respectivos Estados y que temporalmente son llamadas a formar parte de una delegación en un órgano o en una conferencia¹¹⁶.

64. El análisis de este régimen jurídico permite extraer unas conclusiones similares a las alcanzadas al examinar la Convención de Viena de 1975. En efecto, en primer lugar, pese a que en la Convención tampoco se utiliza expresamente el término «funcionario» ni se definen las categorías de personas contempladas en la misma, es evidente que respecto de todas ellas se puede afirmar que existe un vínculo entre el beneficiario de la inmunidad de jurisdicción y el Estado, por cuya cuenta actúa, que está inequívocamente basado en el desempeño por parte del primero de funciones de naturaleza pública. En segundo lugar, la mención a las personalidades de rango elevado en el artículo 50 de la Convención introduce nuevamente la idea de dos regímenes de inmunidad parcialmente diferenciados.

d) *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*

65. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene algunas diferencias respecto de los instrumentos antes analizados, tanto por lo que se refiere a las categorías de personas que se integran en la «oficina consular» como por lo que se refiere al alcance de la inmunidad de jurisdicción de las mismas. La principal característica de la Convención radica en la distinción entre los «funcionarios consulares» y los «empleados consulares», únicas categorías a la que se reconoce

inmunidad de jurisdicción¹¹⁷. Por «funcionario consular» entiende «toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares»¹¹⁸. Por «empleado consular» entiende «toda persona empleada en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular»¹¹⁹. A ello se añade la figura del «agente consular», a la que se refiere el artículo 69, cuya aceptación para ejercer funciones consulares y cuyo régimen jurídico se deja a la libre voluntad de los Estados interesados. Dicha figura no fue contemplada, sin embargo, en el proyecto de artículos elaborado por la Comisión.

66. La inmunidad de jurisdicción reconocida a los «funcionarios consulares» y a los «empleados consulares» tiene un alcance más limitado que la reconocida a los agentes diplomáticos, vinculándose expresamente a «los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»¹²⁰. Además, la inmunidad de jurisdicción civil queda excluida en los casos en que el procedimiento «resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía»¹²¹. Por último, ha de destacarse que, si bien la inmunidad de jurisdicción penal respecto de un funcionario consular no es reconocida por la Convención, se establece expresamente que toda diligencia penal deberá realizarse «con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y [...] de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares»¹²².

67. En consecuencia, debe afirmarse que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares refleja de forma aún más acusada la existencia de una relación entre el reconocimiento de la inmunidad a favor de ciertas categorías de personas y el ejercicio de funciones específicas por cuenta del Estado. Dichas funciones son de nuevo funciones que constituyen una manifestación del poder público. Así lo pone de manifiesto la naturaleza de las funciones enumeradas en el artículo 5 de la Convención y la previsión explícita de que un funcionario diplomático pueda desempeñar, bajo determinadas condiciones, «actos diplomáticos», o que pueda «actuar como representante del Estado que envía cerca de cualquier organización intergubernamental»¹²³. La conexión entre las categorías de personas cubiertas por la inmunidad y el Estado resulta, por tanto, evidente. Y dicha conexión se refuerza por el artículo 43, al referirse en su párrafo 2, apdo. a a los «funcionarios consulares» y a los «empleados consulares» como «agentes del Estado que envía»¹²⁴.

¹¹⁷ Véase el artículo 43. Véanse también los artículos 58, párr. 2, y 63 respecto de los funcionarios consulares honorarios.

¹¹⁸ Art. 1, apdo. d.

¹¹⁹ Art. 1, apdo. e.

¹²⁰ Art. 43, párr. 1.

¹²¹ Art. 43, párr. 2, apdo. a.

¹²² Art. 41, párr. 3. Esta misma mención se incluye en la Convención respecto del sometimiento a la jurisdicción penal de los «funcionario[s] consular[es] honorario[s]» (art. 63).

¹²³ Art. 17, párr. 2.

¹²⁴ Véase también el artículo 71, párr. 1, que establece reglas limitativas para el caso de los funcionarios consulares que tengan la nacionalidad del Estado receptor o que residan en él con carácter permanente.

¹¹⁶ *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 341, párr. 6 del comentario al artículo 50.

68. Desde esta perspectiva, puede concluirse que los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares siguen los mismos parámetros que las tres convenciones analizadas previamente, a saber, vinculación con el Estado, actuación por cuenta del mismo y ejercicio de funciones oficiales. No obstante, debe advertirse también de la distinta terminología empleada en la misma, incluyendo nuevos términos como «funcionario» y «empleado», así como el de «agentes del Estado que envía».

e) *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*

69. En quinto lugar, ha de hacerse referencia a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos. Aunque dicha Convención no se refiere a las inmunidades, el espíritu que la inspira es el mismo que inspiró las otras convenciones analizadas anteriormente: establecer un sistema especial aplicable respecto de ciertas categorías de personas en función de su vinculación con el Estado y por razón del desempeño de determinadas funciones de proyección internacional. Por consiguiente, el análisis de las categorías de «personas protegidas» a las que se refiere esta Convención puede ser útil igualmente para identificar los criterios que nos permitirían calificar a una cierta categoría de personas como «funcionario» a los efectos de nuestro tema.

70. Desde esta perspectiva, la disposición relevante es la contenida en el artículo 1, párr. 1, que enumera las siguientes «personas internacionalmente protegidas»:

a) un jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores [...];

b) cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado.

71. Esta disposición presenta algunas diferencias respecto del proyecto de artículo aprobado en su día por la Comisión, que se refería a:

a) Un jefe de Estado o un jefe de gobierno [...],

b) Cualquier funcionario de un Estado [...] que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional, tenga derecho a una protección especial en el desempeño de funciones en nombre de su Estado [...], o en relación con ellas.¹²⁵

72. Debe advertirse que en el texto de la Convención finalmente adoptado se incorpora en el primer apartado la referencia al ministro de relaciones exteriores, así como en el segundo la mención de los representantes y personalidades oficiales¹²⁶, y se suprime en el segundo apartado

¹²⁵ Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, art. 1, *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341.

¹²⁶ La fórmula «personalidad oficial» ya se había incluido en la versión francesa del proyecto de artículo 1 aprobado por la Comisión, que empleaba la expresión «[t]oute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État» en lugar de «cualquier funcionario de un Estado» (*Anuario... 1972*, vol. II, pág. 340).

la referencia a que la protección especial se le otorga a dichas personas en virtud del ejercicio de funciones en nombre del Estado.

73. Esta disposición reviste un especial interés, puesto que se refiere de forma general a «todas» las categorías de personas internacionalmente protegidas, agrupándolas en dos bloques distintos. Dichos bloques podrían corresponderse con las dos categorías de personas contempladas en los trabajos de la Comisión sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a las que se aplicaría, respectivamente, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

74. Desde la primera de las perspectivas, la Comisión ya se ha referido a esta disposición en el comentario sobre el proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente en su 65.º período de sesiones, en 2013¹²⁷. Sin embargo, el precepto en cuestión es igualmente interesante desde la perspectiva de la definición del concepto general de «funcionario» a los efectos del presente informe, ya que enumera personas susceptibles de una protección especial por su relación con el Estado y las funciones que desempeñan en representación y por cuenta o en nombre del mismo. En este sentido, conviene destacar de modo especial el comentario de la Comisión sobre el proyecto de artículo 1 aprobado en 1972, en el que se distingue entre la posición de jefe de Estado y jefe de gobierno y el resto de funcionarios y personalidades oficiales. Los primeros son identificados *eo nomine* y la protección que les otorga el derecho internacional se deriva del hecho de ser «titulares de esos cargos» y ostentar «la dignidad de jefe de Estado o de gobierno»¹²⁸. En el caso de los representantes, funcionarios y personalidades oficiales, deberán ser identificados mediante el cumplimiento de ciertos requisitos¹²⁹, entre los que cabe destacar su condición de funcionarios y personalidades del Estado, es decir, estar «al servicio de un Estado»¹³⁰. Por otro lado, el hecho de que tengan derecho a una protección internacional «se debe al desempeño de funciones oficiales o tiene su origen en relación con ellas»¹³¹. Estos comentarios de la Comisión resultan plenamente válidos para el artículo 1 de la Convención, a pesar de que la referencia al desempeño de funciones en nombre del Estado haya desaparecido.

75. En consecuencia, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos nos ofrece dos interesantes elementos que son útiles a los efectos del presente informe. En primer lugar, la existencia de dos categorías distintas de personas respecto de las cuales el fundamento del régimen protector es distinto. En segundo lugar, la insistencia en el vínculo con el Estado, bien sea por el estatus o posición especial de determinadas

¹²⁷ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, esp. párr. 4.

¹²⁸ *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341, párr. 2 del comentario al artículo 1.

¹²⁹ *Ibíd.*, pág. 342, párr. 4. Aunque en el mismo comentario la Comisión da algunos ejemplos, estos se limitan a los agentes diplomáticos, en misión especial y los funcionarios consulares, así como a ciertos «funcionarios» y «agentes» de las organizaciones internacionales (*ibíd.*, pág. 343, párr. 9).

¹³⁰ *Ibíd.*, pág. 342, párr. 7.

¹³¹ *Ibíd.*, pág. 343, párr. 10.

personas, bien por el hecho de que ciertas personas actúan en nombre del Estado. A ello ha de añadirse, además, otro elemento de orden terminológico: la Convención reserva el término «funcionario» para la segunda categoría de personas, utilizándolo junto con los términos «representantes» y «otras personalidades oficiales».

f) *Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes*

76. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes contiene igualmente disposiciones en las que se mencionan órganos y personas que se benefician de la inmunidad. Así, en su artículo 2, párr. 1, apdo. b, inc. i), se refiere «[a]l Estado y sus diversos órganos de gobierno» y en el inciso iv) a «los representantes del Estado cuando actúan en tal carácter», y en su artículo 3, párr. 2, se refiere igualmente a «los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado».

77. Ha de recordarse que la citada Convención no se aplica a la jurisdicción penal y, por tanto, queda fuera del ámbito propio del tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»¹³². No obstante, la referencia a «los órganos de gobierno del Estado», a «los representantes del Estado cuando actúan en tal carácter» y a la «inmunidad *ratione personae* del Jefe de Estado» es interesante a los efectos de determinar los criterios identificativos del concepto de «funcionario» en el marco del presente informe, en primer lugar, porque permite deducir la existencia de dos distintas categorías de personas a las que se aplican, respectivamente, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, y, en segundo lugar, porque pone el énfasis en el carácter *representativo* que deben reunir las personas a las que se aplica la inmunidad *ratione materiae*¹³³.

78. Desde una perspectiva terminológica, cabe señalar que ni la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes ni la Convención emplean la expresión «funcionario». Por el contrario, como ya se ha señalado *supra*, se refieren a los «órganos de gobierno» del Estado y a sus «representantes». Además, ha de destacarse igualmente que, en relación con este proyecto de artículos, la Comisión consideró en su día que el término «órgano del Estado» se refiere a entidades y no a personas, con la única excepción del jefe de Estado y del jefe de gobierno, a los que incluye, parcialmente, en dicha categoría¹³⁴.

¹³² Al respecto, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 4 y la penúltima nota a dicho párrafo 4.

¹³³ En este sentido, resultan de interés algunos comentarios de la Comisión del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en segunda lectura en 1991. Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párr. 28, págs. 15 y 18, comentario al proyecto de artículo 2, párrs. 6, 8 y 17, respectivamente, y pág. 22, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 1.

¹³⁴ *Ibíd.*, págs. 15 y 16, comentario al proyecto de artículo 2, párrs. 6 y 8 a 10.

g) *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*

79. En relación con los tratados internacionales que definen comportamientos penalmente perseguibles con independencia de su vinculación con las relaciones internacionales, ha de destacarse que la referencia a la categoría de funcionarios aparece muy tempranamente en la práctica convencional. Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio menciona expresamente en su artículo IV a los «gobernantes, funcionarios o particulares» al referirse a las personas que pueden cometer un delito de genocidio. Aunque la Convención no contiene una definición de dichos conceptos, la referencia a los «gobernantes» y «funcionarios» y su oposición a los «particulares», permite concluir la existencia de dos categorías de personas que actúan, respectivamente, a título oficial y a título privado. Sin embargo, el mencionado precepto no nos proporciona ningún otro elemento ni para diferenciar entre «gobernantes» y «funcionarios» ni para deducir los criterios identificativos del carácter oficial de su actuación.

80. A pesar de ello, la utilización de ambos términos permite concluir la existencia de dos diferentes categorías de personas que actúan por cuenta del Estado y cuyas funciones responden a una naturaleza diferente. En este sentido, baste con recordar que la inclusión del término «gobernantes» dio lugar a un intenso e interesante debate en la Sexta Comisión en 1948, que puso de manifiesto cómo, para la mayoría de los Estados, el término «gobernante» y el término «funcionario» no son intercambiables¹³⁵. En este sentido puede citarse la intervención de Egipto, que señaló que el concepto de gobernante incluye, en efecto, no solamente al monarca constitucional, sino igualmente a los ministros y a todos los que ejercen el poder del gobierno, excluidos los funcionarios de la administración¹³⁶, o la declaración de la India, que llamó la atención sobre la necesidad de incluir, aparte de a los funcionarios públicos y a los particulares, a las personas que ejercen autoridad dentro del Estado¹³⁷, a lo que debe añadir la intervención de Francia, para quien el debatido término «gobernantes» significa en realidad quienes tienen una responsabilidad efectiva de poder¹³⁸. Sin duda, este debate sigue revistiendo interés a los efectos del presente informe.

81. Por último debe destacarse que la propuesta de Bélgica¹³⁹ de sustituir los términos «gobernantes y funcionarios» por el de «agentes del Estado», que consideraba como válido para referirse a ambas categorías de personas, no prosperó.

¹³⁵ Véase *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 93.ª sesión, págs. 314 a 322. En relación con el empleo de ambos términos, es de destacar que solo Venezuela señaló que en ese país los gobernantes son todos considerados como funcionarios. Sin embargo, añadió que dado que ese no era el caso en otros Estados no se oponía a mantener el término «gobernantes» (*ibíd.*, pág. 318).

¹³⁶ *Ibíd.*, pág. 315.

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 317.

¹³⁸ *Ibíd.*, pág. 315.

¹³⁹ *Ibíd.*, pág. 316.

h) *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

82. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes incorpora el concepto de funcionario como uno de los elementos de la definición misma de la tortura, al exigir que los «dolores o sufrimientos» padecidos por la víctima «sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1, párr. 1). Por su parte, el artículo 2, párr. 3, al referirse a las órdenes de los superiores, señala que dicha orden es la procedente «de un funcionario superior o de una autoridad pública». Por último, al establecer la obligación del Estado de tipificar en su derecho interno el delito de tortura vuelve a referirse expresamente a «un funcionario u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales» (art. 16, párr. 1)¹⁴⁰.

83. Por su parte, el Comité contra la Tortura ha recogido la terminología de la Convención en las observaciones generales que ha aprobado hasta la fecha¹⁴¹, añadiendo las expresiones «las personas que actúen, *de jure* o *de facto*, en nombre del Estado»¹⁴², «sus agentes [...] y quienes actúen en su nombre»¹⁴³, «las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial»¹⁴⁴, «un superior o [...] una autoridad pública»¹⁴⁵, «funcionarios que constituyan la cadena jerárquica»¹⁴⁶ o «superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos»¹⁴⁷. A lo que ha de añadirse que, cuando se refiere en su observación general núm. 3 a la inmunidad de ciertas personas, para negar su compatibilidad con la Convención, emplea la expresión «quienes actúan en [...] nombre» del Estado¹⁴⁸.

84. La Convención contra la Tortura no define, sin embargo, el concepto de «funcionario», «autoridad pública» u «otra persona en el ejercicio de funciones públicas». Y el Comité contra la Tortura tampoco ha

¹⁴⁰ Junto a estas menciones explícitas de los funcionarios y autoridades públicas, en el artículo 10, párr. 1, al referirse a las medidas formativas dirigidas a prevenir la tortura, menciona las siguientes categorías de personas: «el personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, el personal médico, [...] los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión».

¹⁴¹ En la observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención se refiere a «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» (Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo IX, párrs. 3 y 8, apdo. b). En la observación general núm. 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, se refiere a los «funcionarios y otras personas» que actúan a título oficial (párr. 15) y a «los funcionarios» (párr. 18) (véase *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/63/44)*, anexo VI. Por su parte, en la observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, se refiere a «las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial» (párr. 7) y a los «funcionarios públicos» (párr. 18) (*ibíd.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X).

¹⁴² *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 7.

¹⁴³ *Ibíd.*, párrs. 7 y 15.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 2, párr. 18, y observación general núm. 3, *ibíd.*, párr. 7.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 26.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 7.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 26.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, observación general núm. 3, párr. 42.

definido hasta la fecha dichos conceptos. Sin embargo, es obvio que la Convención contra la Tortura hace hincapié en «el ejercicio de funciones públicas» y emplea el calificativo «público» para referirse tanto a los «funcionarios» como a las «autoridades». De esta forma se hace evidente la conexión de la persona con el Estado y con el desempeño de funciones propias del mismo. Esta conexión con el Estado ha sido enfatizada, además, por el Comité contra la Tortura a través de sus continuas referencias a que los funcionarios, las autoridades y las personas actúen «a título oficial o en nombre del Estado» y al empleo de la expresión «autoridades del Estado», a lo que ha de añadirse la afirmación de que las personas «actúa[n] a título oficial por cuanto desempeña[n] una función pública»¹⁴⁹. De lo expuesto hasta ahora, además, se puede resaltar un segundo criterio identificativo, a saber, la existencia de una pluralidad de personas que responden a esta vinculación con el Estado y con el ejercicio de funciones públicas. Dichas personas no se reducen al concepto estricto de funcionario, incluyendo otras formulaciones como «autoridades» o «agentes»¹⁵⁰.

i) *Instrumentos contra la corrupción*

85. A los efectos del presente informe resultan de especial interés los instrumentos que desde la última década del siglo pasado se han venido adoptando, tanto a nivel universal como regional, para luchar contra el fenómeno de la corrupción. Todos ellos presentan el elemento común de situar a los funcionarios del Estado en el centro de su regulación, y, por consiguiente, no solo mencionan expresamente a esta categoría de personas en su articulado sino que, además, nos ofrecen definiciones de qué se entiende por funcionario.

86. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 2, apdo. a:

Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

87. Junto a ello, el apartado b se refiere al «funcionario público extranjero», al que define como

toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 17.

¹⁵⁰ La pluralidad de personas vinculadas con el Estado queda de manifiesto en la siguiente enumeración contenida en la observación general núm. 2: «funcionarios y otras personas, por ejemplo, agentes, los contratistas privados y demás personas que actúan a título oficial o en nombre del Estado, en colaboración con este, bajo su jurisdicción y control o de cualquiera otra forma al amparo de la ley» (*ibíd.*, párr. 15).

La referencia a los «funcionarios públicos» y a los «funcionarios públicos extranjeros» se mantiene de forma uniforme a lo largo de toda la Convención¹⁵¹, si bien en algunas de sus disposiciones se refiere también a los «empleados públicos» como una categoría separada de la de «funcionario público»¹⁵².

88. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción se refiere de forma conjunta al «[f]uncionario público, [o]ficial gubernamental o [s]ervidor público», a los que define en su artículo I como

cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

89. Por último, el Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, establece, en su parte pertinente, que:

a) la expresión «agente público» se interpretará con referencia a la definición de «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez», en el derecho nacional del Estado en que la persona en cuestión ejerza dichas funciones y tal como se aplique en su derecho penal;

b) el término «juez» que figura en la anterior letra a) comprenderá a los miembros del ministerio público y las personas que ejerzan funciones judiciales;

c) en el caso de actuaciones en que esté implicado un agente público de otro Estado, el Estado que las practique solo podrá aplicar la definición de agente público en la medida en que dicha definición sea compatible con su derecho nacional¹⁵³.

90. Esta misma definición resulta también aplicable al Convenio Civil sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, que se limita a mencionar a los «agentes públicos en el ejercicio de sus funciones»¹⁵⁴.

91. La definición de «agente público» que contiene el Convenio Penal sobre la Corrupción reviste un especial interés a los efectos del presente informe, ya que, como señala el informe explicativo del Convenio:

Los redactores de este Convenio deseaban cubrir todas las categorías posibles de agentes públicos con el propósito de evitar, en la medida de lo posible, lagunas en la tipificación de la corrupción en el sector público. No obstante, esto no implica necesariamente que los Estados tengan que redefinir su concepto de «agente público» en general. Con relación al «derecho nacional», debe destacarse que la intención de los redactores del Convenio fue que los Estados partes asumieran obligaciones convencionales solo en la medida en que fueran compatibles con su constitución y con los principios fundamentales reconocidos en su ordenamiento jurídico, incluyendo, cuando fuere adecuado, los principios de carácter federal¹⁵⁵.

92. Se mantiene de esta manera la autonomía de los sistemas nacionales para definir quiénes son las personas a las que cada Estado califique internamente como «agentes públicos», pero se explicitan aquellas categorías de personas y cargos que han de entenderse incluidas, al menos, en el concepto de agente público a fin de evitar lagunas en la persecución de la corrupción. En este sentido, resulta especialmente significativa la referencia a los

«alcaldes» y «ministros», que en «muchos Estados [...] se asimilan a los agentes públicos para los efectos de los delitos cometidos en el ejercicio de sus competencias»¹⁵⁶. En el mismo sentido, el informe explicativo se refiere a los «jueces» como «titulares de cargos públicos, ya electivos o por designación. Este concepto debe ser interpretado de la forma más amplia posible: siendo el elemento decisivo las funciones desempeñadas por el individuo, que deberían tener una naturaleza judicial, más que la denominación que se le haya dado a su cargo. Los fiscales se consideran incluidos en esta definición, aunque en algunos Estados no se les considera como miembros del poder judicial»¹⁵⁷. Esta tendencia omnicompreensiva del Convenio respecto del concepto de agente público se refleja igualmente en el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción, que extiende el ámbito de aplicación del Convenio a los árbitros y jurados, tanto nacionales como extranjeros¹⁵⁸.

93. A pesar de las diferencias que se aprecian en los distintos instrumentos analizados en esta sección, de las mismas pueden deducirse los siguientes elementos comunes para definir al «funcionario»: a) abarca a personas que ejercen funciones públicas en nombre y por cuenta del Estado; b) es irrelevante la forma en que dichas personas hayan accedido a dicha función, pudiendo haber sido elegidas o nombradas; c) es igualmente irrelevante que ejerzan esas funciones de forma permanente y temporal, y bajo remuneración o a título gratuito; d) es irrelevante que desempeñen estas funciones públicas en el ámbito del poder ejecutivo (administración), del poder judicial o del legislativo; y, por último, e) es igualmente irrelevante que ejerzan las citadas funciones públicas en órganos centrales del Estado, en otras estructuras políticas o administrativas e, incluso, en empresas u otros organismos del sector público. Aunque es discutible si todas estas características deben ser aplicadas en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, no se puede negar que a partir de las mismas es posible identificar criterios que nos sirvan para definir el concepto de funcionario a los efectos del presente tema.

j) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

94. El Estatuto de Roma establece lo siguiente en el artículo 27, párr. 1:

El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

95. El citado artículo enumera una serie de personas que se encuadran dentro del concepto de «cargo oficial», que declara irrelevante a los efectos de determinar la responsabilidad internacional penal. Esta enumeración tiene interés para el presente informe si se tiene en cuenta que el párrafo 2 del artículo 27 conecta el concepto de «cargo oficial» con las inmunidades, al establecer que

¹⁵¹ Véanse los artículos 7, 8, 12, 15 a 20, 25, 30, 38 y 52.

¹⁵² Véanse los artículos 7 y 30.

¹⁵³ Art. 1.

¹⁵⁴ Art. 5.

¹⁵⁵ Consejo de Europa, *Explanatory report*, párr. 27.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 28.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 29.

¹⁵⁸ Véase el artículo 1 del Protocolo Adicional.

[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

96. El artículo 27 tiene una dimensión omnicompen-siva, que pretende incluir en el mismo a cualquier persona que pueda responder al concepto de «cargo oficial», recogiendo en alguna medida el enfoque que la Comisión había seguido en su Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en 1996¹⁵⁹. En consecuencia, puede entenderse que bajo el concepto «cargo oficial» se incluye cualquier persona que actúa en representación, por cuenta y en nombre del Estado¹⁶⁰.

97. El artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, dedicado al crimen de agresión, define a dicho crimen como un crimen de liderazgo, al establecer en su párrafo 1 que el mismo ha de ser cometido por «una persona [...] en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado»¹⁶¹. Sin embargo, conviene llamar la atención sobre el hecho de que esta mención no altera lo dicho en el artículo 27 ni lo amplía. Por el contrario, la referencia a la capacidad para «controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» ha de entenderse como un elemento fáctico vinculado con la capacidad de influencia y decisión del individuo, que se aplica con independencia de que la persona que comete un crimen de agresión sea o no una de las personas enumeradas en el párrafo 1 del artículo 27¹⁶². En consecuencia, dicho elemento no puede ser considerado de forma individualizada como un criterio identificativo del concepto de funcionario con carácter general, con independencia de que esta condición pueda concurrir en relación con alguna de las personas incluidas en esta categoría.

4. OTROS TRABAJOS DE LA COMISIÓN

98. La Comisión ha tenido que ocuparse en el pasado en varias ocasiones del concepto de funcionario, órgano o agente del Estado. Cuando dichos trabajos han dado lugar a tratados, ya han sido analizados en el marco de la práctica convencional. Pero, además, es preciso referirse ahora a otros trabajos de la Comisión que pueden ser de utilidad para el presente informe, a saber: los denominados Principios de Núremberg, el Proyecto de código de

¹⁵⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50. Véanse también los párrafos 102 a 105 *infra*.

¹⁶⁰ Esta interpretación ha sido seguida también por la doctrina, que entiende que el concepto de «carácter oficial» se aplica incluso a personas que ocupan o ejercen *de facto* los cargos y funciones mencionados en el artículo 27 del Estatuto de Roma. Véanse, entre otros, Triffterer, «Irrelevance of official capacity», págs. 788 y 789; y Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, págs. 449 y 450.

¹⁶¹ En un sentido similar se expresa la enmienda a los elementos de los crímenes referida al artículo 8 *bis*, aprobada igualmente en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, pág. 23, resolución RC/Res.6, anexo II, «Elementos», párr. 2.

¹⁶² Debe recordarse que la referencia al control y dirección efectivos encuentra su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg en relación con la responsabilidad penal de industriales, que evidentemente no pueden ser considerados como ejerciendo un cargo oficial. Véase, en este sentido, McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, págs. 178, 179 y 181.

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

a) *Los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg*

99. En el proyecto por el que formula los denominados Principios de Núremberg, que fueron posteriormente adoptados por la Asamblea General¹⁶³, la Comisión se refiere en el principio III a una persona que actúe «como jefe de Estado o como autoridad del Estado» («*Head of State or responsible Government official*», en inglés), y en el principio IV a las ordenes procedentes del «gobierno» o de un «superior jerárquico» («*government or of a superior*», en inglés). Sin embargo, ni el Relator Especial, Sr. Spiropoulos, ni la Comisión dan una definición de «autoridad del Estado». No obstante, de los comentarios aprobados por la Comisión resulta evidente que en ambos casos, y especialmente en el principio III, se está refiriendo a una persona que ocupa un cargo oficial, ya que deduce dicha categoría de la referencia que el Tribunal de Núremberg hizo a los «representantes del Estado» y a las personas «mientras actúan en cumplimiento del poder del Estado»¹⁶⁴.

b) *El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954*

100. En el primer Proyecto de código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹⁶⁵, aprobado en segunda lectura en 1954, la Comisión se refiere en su artículo 2 a las «autoridades del Estado» como posibles autores de los crímenes definidos en el mismo. Además, en su artículo 3, al declarar la irrelevancia de un cargo oficial respecto de la responsabilidad por la comisión de dichos crímenes, menciona expresamente al «jefe de Estado» y la «autoridad del Estado» («*Head of State*» y «*responsible government official*», en inglés). Sin embargo, de la misma manera que sucede con los Principios de Núremberg, tampoco define qué se entiende por autoridad del Estado, a la que en el comentario al proyecto de artículo 2 contraponen a los «individuos privados» («*private individuals*», en inglés). En todo caso, la conexión de este Proyecto de código con los Principios de Núremberg aprobados en 1950, permite concluir que se está haciendo referencia igualmente a una persona que actúa en nombre y por cuenta del Estado.

101. Sin embargo, los trabajos que dieron lugar a la adopción de este primer Proyecto de código nos permiten concluir que la definición del término «autoridad del Estado» generaba ya dudas en dicho momento. Así, debe citarse de modo especial el segundo informe del Relator Especial, Sr. Spiropoulos, que al analizar las posiciones

¹⁶³ Resolución 488 (V) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1950.

¹⁶⁴ Véase Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127, en esp. párrs. 103 y 104. Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45).

¹⁶⁵ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150.

mantenidas por los Estados en la Sexta Comisión, cita en particular las intervenciones de Bélgica (Sr. Van Glabbeke) y los Países Bajos (Sr. Röling). Los Países Bajos señalaron que «todavía existe cierta confusión acerca del significado preciso del término “funcionario gubernamental responsable”. Existían opiniones diferentes: algunos consideraban que “funcionario gubernamental responsable” se refería únicamente a un miembro del gobierno [...] o incluso a cualquier persona que ocupase un alto cargo en alguno de las tres principales ramas del poder, el legislativo, el ejecutivo o el judicial. Algunos documentos se referían a los más altos funcionarios y el significado de esta expresión no era más claro que las propias palabras “funcionario gubernamental responsable”»¹⁶⁶. Por su parte, Bélgica mantuvo que «el precepto relativo al cargo público que ostentase un acusado no podría ser aplicado en la misma forma a los principales criminales de guerra que a aquellos criminales de guerra de menor relevancia»¹⁶⁷. A pesar de estos comentarios, el Relator Especial no abordó en este informe la definición del concepto y alcance del término «autoridad del Estado», limitándose a señalar que, en el caso de la invasión de un territorio por las tropas de otro Estado, «un simple soldado no sería responsable penal bajo el derecho internacional. [...] Iría contra toda lógica considerarlo responsable penal de una acción que ha sido decidida y dirigida por las autoridades del Estado»¹⁶⁸. Sin embargo, en su tercer informe, sometido a la Comisión en 1954 y que sirvió de base a la adopción del Código en segunda lectura, el Relator Especial se refirió de modo expreso al empleo del término «autoridad» («*gouvernant*», en francés) en el proyecto de artículo 3 y, remitiendo a los debates celebrados en la Asamblea General en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, mantuvo que el mismo se refería a «quienes poseen la responsabilidad efectiva del poder»¹⁶⁹. En cualquier caso, la Comisión no ofrece en sus comentarios ninguna definición sobre este concepto de «autoridad del Estado».

c) *El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996*

102. En el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado, en 1996, la Comisión se refiere en varias de sus disposiciones a

¹⁶⁶ *Yearbook... 1951*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/44, párr. 85.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 82.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, pág. 58, comentario al artículo I, párr. 3. Este planteamiento se mantuvo en el informe de la Comisión al adoptar el proyecto en primera lectura, reflejándose en especial en el comentario, donde, de una manera similar, al referirse a la complicidad, la Comisión afirmó que no se pretendía estipular que quienes hubieran contribuido, en el ejercicio normal de sus funciones, a la comisión de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, puedan ser considerados, con este único argumento, cómplices de tales crímenes. No se trata de ninguna manera de castigar como cómplices de tales crímenes a todos los miembros de las fuerzas armadas de un Estado o a los trabajadores en la industria bélica (*ibíd.*, pág. 137, párr. 12 del comentario al artículo 2, tercer apartado). Aunque es obvio que estos comentarios se refieren a la relevancia del nivel jerárquico de una persona en relación con la responsabilidad penal, su principal interés radica en la constatación de que puede producirse una distinción entre una «autoridad del Estado» y otras personas que realizan actos por cuenta del Estado en cumplimiento de decisiones adoptadas por otras personas (*ibíd.*).

¹⁶⁹ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 120, secc. XIV c). La versión en francés del comentario se refiere a «*ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir*».

personas que podrían quedar encuadradas en alguna de las categorías a las que se dedica el presente informe. La más relevante es el artículo 7, en el que, a los efectos de declarar la responsabilidad penal individual por la comisión de los crímenes contenidos en el Proyecto de código, declara la irrelevancia a tal efecto del «carácter oficial del autor de un crimen [...] incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno»¹⁷⁰. Junto a ella, la Comisión se refiere también, aunque en distinta forma, a las categorías de personas analizadas en este informe en los comentarios a los artículos 2, 4, 5 y 16.

103. Así, al definir la responsabilidad individual y distinguirla de la responsabilidad del Estado, se refiere al «agente del Estado», a quien obre «por cuenta del Estado» o «en nombre del Estado», e incluso en calidad de «agente de hecho, sin mandato legal»¹⁷¹, y pone especial énfasis en el hecho de que «[l]a agresión solo puede cometerse por personas que sean agentes del Estado y que utilicen sus facultades para dar órdenes y los medios que el Estado pone a su disposición para cometer estos crímenes»¹⁷². Por otro lado, en los comentarios también es posible encontrar referencias a la situación en que una persona «ocupa posiciones de autoridad pública o mando militar»¹⁷³, a la «jerarquía gubernamental o cadena de mando militar»¹⁷⁴, o a los «funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel»¹⁷⁵. Sin embargo, la Comisión no define ni enumera en ninguno de estos comentarios a las personas que se encuentran en dicha situación. Ello se produce incluso en el artículo 7, en cuyo comentario no se especifica en qué consiste «el carácter oficial del autor del crimen», si bien es cierto que la Comisión ofrece indicios de dicho concepto al referirse a las «personas que ocupan puestos de autoridad pública, capaces de formular planes o políticas» y que pueden «invocar la soberanía del Estado»¹⁷⁶, a «los individuos que ocupen las posiciones oficiales más altas y, por tanto, tengan los mayores poderes de decisión»¹⁷⁷, o a aquellas personas que aleguen «que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones»¹⁷⁸.

104. En cualquier caso, es de destacar que de estas referencias debe deducirse necesariamente que los individuos a que se refieren las disposiciones citadas del Proyecto de código tienen un vínculo con el Estado (es su agente, su funcionario o un oficial militar; o actúa en nombre o por cuenta del Estado), así como que actúa ejerciendo algún tipo de autoridad o poder público, inclusive al más alto nivel. Dichas características son de notable interés para la identificación de los criterios identificativos del concepto de «funcionario» a los efectos del presente tema.

¹⁷⁰ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 50.

¹⁷¹ *Ibíd.*, pág. 22, párr. 4 del comentario al artículo 2. Estas mismas referencias son reiteradas por la Comisión en el comentario al artículo 4.

¹⁷² *Ibíd.*, párr. 5 del comentario al art. 2. Véase, además, el comentario al artículo 16 (*ibíd.*, pág. 46 y ss.).

¹⁷³ *Ibíd.*, pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 5.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 2 del comentario al artículo 5.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 24, párr. 14 del comentario al artículo 2, y pág. 26, párr. 3 del comentario al artículo 5.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 29, párr. 1 del comentario al artículo 7.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 30, párr. 5 del comentario al artículo 7.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 6 del comentario al artículo 7.

105. Por último, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que la Comisión tampoco ha empleado una denominación específica para referirse a estas personas, a excepción del jefe de Estado. Respecto de las demás personas se limita a mencionar su «carácter oficial» en el artículo 7, o se refiere a los «funcionarios públicos y mandos militares», a las «posiciones oficiales más altas» o a las «posiciones de autoridad pública o mando militar» en los comentarios a los artículos.

d) *El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*

106. El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁷⁹ contiene diversas disposiciones que son de interés a los efectos del presente informe, en particular los artículos recogidos en su capítulo II dedicado a la atribución al Estado del comportamiento realizados por distintas personas y entidades. El interés de dichas disposiciones radica en que en las mismas se hace referencia a distintas categorías de personas (o entidades) que actúan por cuenta y en nombre del Estado y que, por tanto, pueden responder al concepto de «funcionario» que ahora analizamos.

107. Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, debe destacarse que el Proyecto de artículos se refiere a dos categorías distintas en sus artículos 4 y 5, que identifica bajo las denominaciones de «órganos del Estado» y de «una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público» que no sea un órgano del Estado. Conforme al artículo 4, se entiende por órganos del Estado toda persona o entidad «ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado» (párr. 1). Dicha persona o entidad ha de tener, además la «condición [de órgano] según el derecho interno del Estado» (párr. 2). Junto a ello, el artículo 5 se refiere a una categoría residual consistente en «una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero [que] esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público». Aunque los artículos 4 y 5 se refieren tanto a personas físicas como a entidades, a los efectos de la definición del concepto de funcionario en el marco del presente informe solo interesa la mención expresa a las personas.

108. Los comentarios a los proyectos de artículos contenidos en el capítulo II ofrecen también elementos de interés. Así, en el comentario introductorio se expone la norma general en materia de atribución, según la cual, el «único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado»¹⁸⁰. El comportamiento de los órganos del Estado puede ser atribuido al Estado con independencia «del nivel de administración o gobierno en que se produzca»¹⁸¹, lo que implica que en la práctica puede darse una variedad de sujetos o funcionarios que actúen como agentes

del Estado. Por otro lado, el elemento esencial para realizar la atribución del comportamiento al Estado es que el funcionario actúe como órgano del Estado, más allá de las motivaciones particulares que pueda tener. Además, lo relevante no es la función interna que cumple ese agente en el Estado, sino el hecho de que desempeñe «funciones públicas» y ejerza «prerrogativas del poder público»¹⁸². En lo que respecta al concepto de funcionario, el comentario de esta disposición aclara que incluso un comportamiento de un funcionario de categoría inferior, realizado en calidad oficial, puede ser atribuible al Estado. Como señala la Comisión en su comentario al artículo 7, lo determinante es examinar «si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no»¹⁸³.

109. Además, ha de destacarse que al indagar sobre el alcance de la facultad para ejercer atribuciones de carácter público, la Comisión pone de relieve en el comentario al artículo 5 que el concepto de «poder público» posee un contenido indeterminado. Para definirlo «tendrá particular importancia, no solo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren a una entidad, para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado»¹⁸⁴. En el plano del derecho interno el vínculo entre el Estado y el sujeto que ejerce funciones públicas puede adoptar diversas particularidades. Sin embargo, en el plano del derecho internacional lo relevante es que se constate que el acto desarrollado por el funcionario es un acto oficial de «poder público», siendo posible incluso que dicho poder público se ejerza por órganos o agentes *de facto*, cuando estos ejercen «de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones» (art. 9).

110. En consecuencia, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ofrece notables elementos de interés para identificar los criterios identificativos del concepto de «funcionario» a los efectos del presente tema, a saber: a) la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, que puede revestir diferentes formas; b) el hecho de que el individuo actúe por cuenta del Estado; y c) la exigencia de que el individuo ejerza funciones oficiales y prerrogativas del poder público.

5. CONCLUSIONES

111. Sobre la base del estudio de la práctica que se contiene en las páginas precedentes, es posible deducir una serie de conclusiones que nos permiten definir los criterios identificativos del concepto de funcionario a los efectos del presente proyecto de artículos, a saber:

a) El funcionario tiene un vínculo con el Estado. Dicho vínculo puede presentar diversas formas (constitucional, estatutario o contractual) y puede ser temporal o permanente. El vínculo puede ser *de jure* o *de facto*;

¹⁷⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 39, párr. 2 comentario introductorio al capítulo II.

¹⁸¹ *Ibíd.*, pág. 40, párr. 5 del comentario introductorio al capítulo II.

¹⁸² *Ibíd.*, párr. 6 del comentario introductorio al capítulo II.

¹⁸³ *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al proyecto de artículo 7.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al proyecto de artículo 5.

b) El funcionario actúa en representación del Estado en el ámbito internacional o desempeña funciones oficiales tanto a nivel internacional como a nivel interno;

c) El funcionario ejerce atribuciones del poder público, actuando en nombre y por cuenta del Estado. Las atribuciones del poder público incluyen las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales.

112. Estos criterios identificativos son comunes a los funcionarios del Estado a los que se aplica la inmunidad *ratione personae* (jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores) y a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae* (el resto de funcionarios). Sin embargo, los citados criterios resultan de especial interés en el caso de la inmunidad *ratione materiae* porque no es posible enumerar en forma nominativa a las categorías de personas a las que se aplica. Para identificar a una determinada persona como funcionario, por consiguiente, deberá analizarse la concurrencia de todos estos criterios caso por caso.

C. La cuestión terminológica

113. El segundo aspecto que debe abordarse en relación con el concepto de funcionario es el relativo a los términos empleados para denominar a las personas a las que se aplicaría la inmunidad. Como ya se señaló *supra*, se trata de una cuestión que tiene un componente predominantemente terminológico, pero que va más allá de la mera preferencia lingüística por una u otra palabra. La elección del término ha de regirse básicamente por dos criterios, a saber: a) que sea suficientemente amplio en su significado para permitir encuadrar dentro del mismo a todas las personas afectadas; b) que tenga en cuenta la práctica previa de la Comisión. A estas dos consideraciones ha de añadirse una tercera: que el término elegido sea fácilmente comprensible, sin lugar a equívocos, por los responsables nacionales de aplicar las reglas relativas a la inmunidad, en particular jueces, fiscales, abogados y otras personas encargadas de aplicar la ley. Hay que tener en cuenta que la especialización de estas personas en el derecho propio les conducirá necesariamente a «pensar» conforme a categorías y términos empleados en sus respectivos derechos internos. En consecuencia, al abordar la cuestión terminológica en el presente informe se debe valorar la conveniencia de utilizar denominaciones que en ningún caso puedan inducir a error, en especial si se trata de términos que tienen significados distintos en varios países y cuya utilización podría producir el efecto no deseado de condicionar la forma en que se interprete el alcance subjetivo de la inmunidad.

114. Partiendo de estas consideraciones, el primer dato sobre el que conviene llamar la atención es que el análisis de la práctica que se ha realizado en las páginas precedentes pone de manifiesto la falta de uniformidad respecto de la utilización de uno o varios términos para referirse a las mismas personas. Si exceptuamos la mención expresa y uniforme de los términos jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, ha de destacarse que tanto la jurisprudencia como los convenios examinados, e incluso la doctrina, emplean diferentes términos para referirse a la categoría de personas analizada en el presente informe. Y, además, no siempre es posible identificar la

razón que explique el uso de uno u otro término en cada caso concreto.

115. Así, si nos referimos únicamente a los tratados, podemos constatar que se usan los siguientes términos en español, con sus correspondientes equivalentes en inglés y francés:

a) Funcionario diplomático («*diplomatic agent*»/«*agent diplomatique*»)¹⁸⁵;

b) Agente diplomático («*diplomatic agent*»/«*agent diplomatique*»)¹⁸⁶;

c) Personal diplomático («*diplomatic staff*»/«*personnel diplomatique*»)¹⁸⁷;

d) Funcionario consular («*consular officer*»/«*fonctionnaire consulaire*»)¹⁸⁸;

e) Empleados consulares («*consular employee*»/«*employé consulaire*»)¹⁸⁹;

f) Agente consular («*consular agent*»/«*agent consulaire*»)¹⁹⁰;

g) Agentes del Estado que envía («*agent of the sending State*»/«*mandataire de l'État d'envoi*»)¹⁹¹;

h) Personal administrativo y técnico y personal de servicio («*administrative and technical staff*»; «*service staff*»/«*personnel administratif et technique*»; «*personnel de service*»)¹⁹²;

i) Representantes («*representatives*»/«*représentants*»), en un sentido general¹⁹³;

j) Representante («*representative*»/«*représentant*»), en el marco de una misión especial¹⁹⁴;

k) Representante, funcionario o personalidad oficial («*representative or official*»/«*représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle*»)¹⁹⁵;

l) Personalidades de rango elevado («*persons of high rank*»/«*personnalités de rang élevé*»)¹⁹⁶;

¹⁸⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

¹⁸⁸ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

¹⁹³ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes.

¹⁹⁴ Convención sobre las Misiones Especiales.

¹⁹⁵ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

¹⁹⁶ Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

m) Órganos de gobierno («*organs of government*»/«*organes de gouvernement*»), incluyendo en esta categoría a los jefes de Estado y jefes de gobierno¹⁹⁷;

n) Gobernantes y funcionarios («*constitutionally responsible rulers*»; «*public officials*»/«*gouvernants*»; «*fonctionnaires*») ¹⁹⁸;

o) Funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas («*public official or other person acting in an official capacity*»/«*agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel*») ¹⁹⁹;

p) Funcionario superior o autoridad pública («*superior officer or a public authority*»/«*supérieur ou autorité publique*») ²⁰⁰;

q) Funcionario público («*public official*»/«*agent public*») y funcionario público extranjero («*foreign public official*»/«*agent public étranger*») ²⁰¹;

r) Empleados públicos («*civil servants*»/«*fonctionnaires*») ²⁰²;

s) Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público («*public official, government official or public servant*»/«*fonctionnaire, officiel gouvernemental ou serviteur public*») ²⁰³;

t) Agente público («*public official*»/«*agent public*») ²⁰⁴;

u) Cargo oficial («*official capacity*»/«*qualité officielle*») ²⁰⁵.

116. Como puede comprobarse, no solo los términos empleados son muy variados sino que, además, su correspondencia con los términos empleados en los otros dos idiomas (inglés y francés) no es siempre la misma.

117. En segundo lugar, si analizamos los trabajos de la Comisión que no se han reflejado en tratados, puede identificarse el empleo de los siguientes términos:

a) Autoridad del Estado («*responsible government official*»/«*chef d'État ou de gouvernement*») ²⁰⁶;

b) Carácter oficial («*official position*»/«*qualité officielle*») ²⁰⁷;

c) Agente del Estado («*agent of the State*»/«*agent de l'État*») ²⁰⁸;

d) Funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel («*high level government officials or military commanders*»/«*hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires*») y funcionarios y jefes militares («*senior government officials and military commanders*»/«*hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires*») ²⁰⁹;

e) Órgano del Estado («*State organ*»/«*organe de l'État*») ²¹⁰;

f) Persona que ejerce atribuciones del poder público («*person exercising governmental authority*»/«*personne qui exerce des prérogatives de puissance publique*») ²¹¹.

118. Al igual que sucede en el caso de los tratados, hay que destacar igualmente la variedad de términos empleados y el hecho de que la correspondencia con los términos que se utilizan en los otros dos idiomas no es siempre coincidente.

119. En consecuencia, cabe concluir que no existe un término usado de forma uniforme y continuada para referirse a la categoría de personas que venimos analizando en este informe. Por otro lado, los términos empleados no siempre se refieren a todas las personas que podrían quedar incluidas en esta categoría y cuyos criterios identificativos se han descrito *supra*. Por el contrario, con una cierta frecuencia algunos de los términos enumerados en los dos párrafos anteriores se utilizan para referirse tan solo a una categoría de personas, dejando fuera a aquellas que se corresponderían con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Teniendo en cuenta lo anterior, los debates previos de la Comisión y el uso que la misma ha hecho de estos términos en anteriores trabajos, la Relatora Especial considera que es preciso examinar con más detalle los términos empleados en el título actual del tema, a saber: «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés. Junto a ellos deberían considerarse los términos «*órgano*» («*organ*» en inglés y «*organe*» en francés) y «*agente*» («*agent*» en inglés y francés). A fin de evaluar la idoneidad de cada uno de ellos, en las siguientes páginas se realiza un breve análisis

¹⁹⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes.

¹⁹⁸ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

¹⁹⁹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Convención Interamericana contra la Corrupción.

²⁰⁴ Convenio Penal sobre la Corrupción.

²⁰⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bajo esta denominación se incluye al jefe de Estado («*Head of State*»/«*chef d'État*»), jefe de gobierno («*head of Government*»/«*chef de gouvernement*»), miembro de un gobierno («*member of a Government*»/«*membre d'un gouvernement*»), parlamentario («*member of a parliament*»/«*membre d'un parlement*»), representante elegido («*elected representative*»/«*représentant élu*») o funcionario de gobierno («*government official*»/«*agent d'un État*»).

²⁰⁶ Formulación de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg y Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954.

²⁰⁷ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996.

²⁰⁸ Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996 (comentarios).

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

²¹¹ *Ibid.*

del significado de dichos términos recogido tanto en diccionarios generales como en diccionarios jurídicos.

1. «FUNCIONARIO»

120. Según el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española), el término «funcionario» significa con carácter general «[p]ersona que desempeña un empleo público» y puede significar también «[e]mpleado jerárquico, particularmente el estatal», siendo utilizado con este significado en la Argentina, el Ecuador y el Uruguay²¹². Dichos significados no son distintos en esencia. Por otro lado, diferentes diccionarios jurídicos se refieren al funcionario como «la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida»²¹³, «aquellas personas incorporadas a la [administración pública] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo»²¹⁴, «la persona que realiza funciones públicas y está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo»²¹⁵, y «aquel que ha sido investido con la autoridad de un cargo» o «que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente»²¹⁶. En todo caso, ha de destacarse que el término «funcionario» no es utilizado de forma generalizada en los países de lengua española para referirse al jefe de Estado, al jefe de gobierno, al ministro de relaciones exteriores, a otros ministros del gobierno o, incluso en algunos casos, a otros altos responsables políticos. En relación con los primeros es frecuente el uso del término «mandatario» o «dignatario» y para los restantes es frecuente el uso de expresiones como «alto cargo» o «alto funcionario». Por otro lado, debe advertirse igualmente de que tampoco es uniforme el uso de ese término para referirse a los parlamentarios, a los que también se hace referencia como «representantes». Y por último, aunque en menor medida, tampoco es uniforme el uso de la palabra «funcionario» para referirse a las personas que ejercen funciones judiciales, aunque sean habitualmente funcionarios en el sentido administrativo de esta palabra.

121. Dicho término es habitualmente traducido por «*fonctionnaire*», en francés, y por «*officer*», «*official*», «*civil servant*», «*public servant*», en inglés²¹⁷.

122. Por lo que se refiere al término «*fonctionnaire*», los diccionarios generales lo definen como «agente público que, nombrado en un empleo permanente, es titular de un grado de la jerarquía administrativa» o es «titular de una función pública»²¹⁸, y como «persona que desempeña

una función pública; persona que ocupa, como titular, un empleo permanente en los cuadros de una administración pública»²¹⁹. Por su parte, el término «*fonctionnaire*» en los diccionarios jurídicos significa «agente de una colectividad pública cuya situación en la función pública se caracteriza por la permanencia en el empleo para el que ha sido nombrado y por ser titular de un grado en la jerarquía»²²⁰, así como «persona nombrada en un empleo permanente y que es titular de un grado en la jerarquía», a la que esta definición sitúa en el marco del derecho administrativo²²¹. Por su parte, en el *Dictionnaire de droit international public*, el concepto de funcionario se entiende como sinónimo de agente del Estado («*agent de l'État*») y se define como una «persona nombrada para ocupar normalmente un empleo permanente en la administración del Estado y que actúa en nombre de este, habiendo sido habilitada para el ejercicio de prerrogativas del poder público en el marco de las competencias reconocidas por la legislación nacional y bajo la autoridad del gobierno»²²².

123. Por su parte, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el término «*official*», que será examinado más adelante, tiene un significado más amplio que «funcionario» y «*fonctionnaire*», aunque en ocasiones pueda tener un significado equivalente a ellos. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta, además, que el término «funcionario» en español puede corresponderse también con el de «*civil servant*», que tiene un alcance más limitado. Y, así, se entiende a dicha categoría como las personas integradas en el «*civil service*», al que se define en la siguiente forma: «la función pública es el cuerpo de funcionarios [...] encargados de administrar el gobierno [...] bajo el control y la dirección de los ministros. [...] Los empleados públicos no deben su trabajo a lealtades políticas; tienen restricciones respecto a las actividades políticas a las que pueden dedicarse y permanecen en su cargo pese a los cambios en el gobierno»²²³.

permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État y «*titulaire d'une fonction publique*».

²¹⁹ *Le Grand Robert* (<http://gr.bvdep.com>). La definición en francés es la siguiente: «*personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique*».

²²⁰ *Vocabulaire juridique* (Gérard Cornu, ed.), París, Presses Universitaires de France, 1987. La definición en francés es la siguiente: «*agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie*».

²²¹ *Lexique des termes juridiques*, 20.^a ed., París, Dalloz, 2013. La definición en francés es la siguiente: «*personne nommé dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie*».

²²² *Dictionnaire de droit international public* (Jean Salmon, ed.), Bruselas, Bruylant, 2001. La definición en francés es la siguiente: «*personne nommé pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement*».

²²³ *The New Oxford Companion to Law* (Peter Cane y Joanne Conaghan, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2008. La definición en inglés es la siguiente: «*the civil service is the body of officials [...] whose task it is to administer the government [...] under the control and direction of Ministers. [...] Civil servants do not owe their employment to political allegiance; they are restricted as to the political activities in which they may engage, and remain in post notwithstanding changes of government*». Resulta igualmente interesante la siguiente aclaración: «Esta división fundamental entre el personal del gobierno central, a menudo reconocida en las constituciones extranjeras en la

(Continuación en la página siguiente.)

²¹² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed., Madrid, Espasa, 2001.

²¹³ *Gran diccionario jurídico DVE*, Barcelona, De Vecchi, 1991.

²¹⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

²¹⁵ *Diccionario de Derecho* (Luís Ribó Durán), 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1995.

²¹⁶ *Diccionario de términos jurídicos* (Ignacio Rivera García), 2.^a ed., Orford, Equity, 1985.

²¹⁷ *Diccionario jurídico en cuatro idiomas* (Edgard Le Docte), Amberes, Maklu Uitgevers, 1987.

²¹⁸ *Le Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaire/francais). La definición en francés es la siguiente: «*agent public qui, nommé dans un emploi*

2. «REPRÉSENTANT»

124. El término francés «*représentant*» es definido en los diccionarios generales como «persona que ha recibido el poder de actuar en nombre de alguien, que realiza un acto en nombre y por cuenta de alguien»²²⁴ y como «persona que representa, que ha recibido el poder de actuar en nombre de alguien», «persona a la que un grupo social confía el poder político, para ejercerlo en su nombre», «persona que ha sido elegida, que ha recibido por elección la delegación de un poder (sobre todo del poder legislativo) o «persona designada para representar a un Estado, un Gobierno, ante otro»²²⁵. Por otro lado, en el diccionario jurídico *Vocabulaire juridique* el término «*représentant*» se define como «órgano de una autoridad que actúa en interés público o a veces incluso delegatario de ese órgano»²²⁶, e indica que en el ámbito de las relaciones internacionales se utiliza para designar más específicamente a los representantes diplomáticos y los representantes ante una organización internacional. En un sentido cercano, el mismo diccionario, al definir el término gobernante («*gouvernant*»), menciona a los representantes en la siguiente forma: «término doctrinal que designa, por oposición a los simples agentes y a los gobernados, al conjunto de representantes, depositarios o titulares del poder público»²²⁷. Por su parte, el *Dictionnaire de droit international* define al representante como una «persona física debidamente investida del poder de hablar, actuar, transmitir y recibir comunicaciones en nombre de un sujeto de derecho internacional (Estado, organización internacional u otra entidad), que es susceptible, al hacerlo, de comprometer jurídicamente a ese sujeto». A dicha definición añade que «este término se aplica especialmente a los agentes diplomáticos [...] así como a los delegados en una conferencia internacional o en un órgano de una organización internacional» y que el mismo es «utilizado a propósito para tener en cuenta situaciones particulares, permitiendo evitar el empleo de la terminología tradicional utilizada

para referirse a los jefes de misión»²²⁸. Igualmente interesante es la definición que en este mismo diccionario se da al término «representatividad (o carácter representativo)» [«*représentativité (ou caractère représentatif)*»], como el «carácter de un órgano o de una persona que aparece como la imagen o el símbolo de la Nación que encarna. Este es uno de los caracteres que se atribuyen aún hoy a los jefes de Estado»²²⁹.

125. El término «*représentant*» es traducido habitualmente por los términos «representante» en español y «*representative*» en inglés²³⁰, y en ocasiones por «*agent*» también en inglés²³¹.

126. En español, la palabra «representante» se define en términos generales en el *Diccionario de la lengua española* como aquel «que representa» y como la «persona que representa a [...] [una] comunidad». Los diccionarios jurídicos no son más explícitos, ya que normalmente no incluyen el término y solo incorporan la definición de «representación», que es entendida como conjunto «de personas que representan a una entidad, colectividad, corporación o Gobierno»²³²; o como «la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona, llamada representado, por medio de otra, llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica»²³³. Por último, en alguno de ellos tan solo se define específicamente el término «representación política», con una acepción propia del derecho constitucional, conforme a la cual se trata de la «[r]elación existente entre el pueblo y las personas que actúan en su nombre formando la voluntad del cuerpo político»²³⁴.

127. Por su parte, el término inglés «*representative*» es entendido en los diccionarios generales como «persona elegida o nombrada para actuar o tomar la palabra en nombre de otro u otros, en particular [...] una persona elegida o nombrada para tomar la palabra y actuar en nombre de otros en una asamblea legislativa o en un órgano deliberante» o «un delegado que asiste a una conferencia, negociaciones, audiencia pública, etc., con el propósito de representar los intereses de otra persona o grupo»²³⁵. Y en el *Black's Law Dictionary* se define simplemente como

(Continuación de la nota 223.)

distinción entre “gobierno” y “administración”, en el Reino Unido es fundamentalmente un asunto político, no jurídico. En derecho tanto los ministros como los empleados públicos son “empleados de la Corona”. La definición en inglés señala: «*This fundamental division among the personnel of central government, often recognized in foreign constitutions in a distinction between “government” and “administration”, is in the United Kingdom essentially a matter of politics, not law. In law both Ministers and civil servants are “servant of the Crown”*».

²²⁴ *Le Larousse*. El diccionario ofrece como sinónimos los términos «*agent*» y «*mandataire*». La definición en francés es la siguiente: «*personne qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu’un*».

²²⁵ *Le Grand Robert*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne qui représente, qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un*», «*personne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l’exercer en son nom*», «*personne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d’un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)*» o «*personne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d’un autre*».

²²⁶ *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «*organe d’une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe*».

²²⁷ *Ibid.* La definición en francés es la siguiente: «*terme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l’ensemble des représentants, dépositaire ou titulaires du pouvoir public*».

²²⁸ *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne physique dûment investie du pouvoir de parler, d’agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d’un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d’engager ce sujet de droit*»; «*ce terme s’applique notamment aux agents diplomatiques [...] ainsi qu’aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d’une organisation internationale*»; y «*utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d’éviter l’emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission*».

²²⁹ *Ibid.* La definición en francés es la siguiente: «*caractère d’un organe ou d’une personne qui apparaît comme l’image ou le symbole de la Nation qu’il incarne. Tel est un des caractères attribué encore aujourd’hui aux chefs d’États*».

²³⁰ *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*.

²³¹ *Dictionnaire de l’anglais juridique*, París, BMS, 2004.

²³² *Diccionario de términos jurídicos*.

²³³ *Gran diccionario jurídico DVE*.

²³⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*.

²³⁵ Véase www.oxforddictionaries.com. La definición en inglés es la siguiente: «*a person chosen or appointed to act or speak for another or others, in particular [...] a person chosen or elected to speak and act on behalf of others in a legislative assembly or deliberative body*», o «*a*

«aquel que representa o actúa en nombre de otro», remitiendo también al concepto de agente («agent»)²³⁶.

3. «OFFICIAL»

128. El término «official» se define como «[una] persona que ejerce un cargo público o que desempeña funciones públicas, especialmente como representante de una organización o de un departamento gubernamental»²³⁷. Por su parte, en el *Black's Law Dictionary* se entiende por «official» «[aquel] que ejerce o es investido con un cargo público; la persona elegida o designada para desarrollar alguna parte de los poderes soberanos de un gobierno. También calificado como funcionario público»²³⁸. Estas definiciones no son equivalentes a las de «civil service» y «civil servant», que se describen como «[l]as divisiones administrativas de un gobierno» y «[el] grupo de personas al servicio de estas divisiones-empleado público»²³⁹ o como «[un] miembro de la función pública»²⁴⁰, y se corresponderían mejor con el concepto de funcionario antes examinado.

129. Habitualmente el término «official» se traduce al español por «funcionario»²⁴¹ y «responsable»²⁴², y al francés por «fonctionnaire»²⁴³, pero, como se deduce de los párrafos anteriores, sus significados a los efectos que ahora nos interesan no son equivalentes ni intercambiables.

4. «AGENTE»

130. El término «agente» se define en el *Diccionario de la lengua española* como una «persona que obra con poder de otro». Por su parte, en los diccionarios jurídicos se define como agente a una «persona que actúa, opera y ejecuta a nombre y con poder de otra» y se emplea el término «agencia del Gobierno» en el sentido de «una criatura subordinada al soberano creada para llevar a cabo

delegate who attends a conference, negotiations, etc., so as to represent the interests of another person or group».

²³⁶ *Black's Law Dictionary* (B.A. Garner, ed.), 9.^a ed., St. Paul, West, 2009. La definición en inglés es la siguiente: «one who stand for or acts on behalf of another».

²³⁷ Véase www.oxforddictionaries.com. La definición en inglés es la siguiente: «a person holding public office or having official duties, especially as a representative of an organization or government department».

²³⁸ *Black's Law Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «one who holds or is invested with a public office; a person elected or appointed to carry out some portion of a government's sovereign powers. Also termed public official». El mismo diccionario jurídico define el término *officer* como: «una persona que ejerce un cargo de confianza, autoridad o mando. En los asuntos públicos, el concepto se refiere especialmente a la persona que ejerce un cargo público al servicio de un gobierno nacional, estatal o local, y que está autorizado por ese gobierno para ejercer alguna función concreta». La definición en inglés es la siguiente: «a person who holds an office of trust, authority, or command. In public affairs, the term refers especially to a person holding public office under a national, State, or local government, and authorized by that government to exercise some specific function».

²³⁹ *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «the administrative branches of a government» y «the group of people employed by these branches - civil servant».

²⁴⁰ Véase www.oxforddictionaries.com. La definición en inglés es la siguiente: «a member of the civil service».

²⁴¹ *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary* (S.M. Kaplan), 4.^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Dictionnaire de l'anglais juridique*.

una función gubernamental»²⁴⁴. En otros diccionarios jurídicos se la define como «la persona que obra o interviene en nombre de otro, con facultades para conseguir un fin determinado»²⁴⁵, o simplemente se remite, como equivalente, al concepto de órganos administrativos²⁴⁶. Por último, en un diccionario jurídico la única referencia a este término se refiere al agente diplomático²⁴⁷.

131. En francés el término «agent» se entiende en los diccionarios generales como una «persona que cumple ciertas misiones por cuenta de un particular o de una colectividad (sociedad, gobierno, Estado)» y como «empleado de los sectores público y privado que ejerce una función de ejecución bajo el control de una autoridad, o titular de ciertos cargos que juegan un papel de intermediario»²⁴⁸. También se define como «persona encargada de los asuntos e intereses de un individuo, de un grupo o de un país, por cuya cuenta actúa», presentándolo como sinónimo de funcionario («fonctionnaire») ²⁴⁹. Por su parte, los diccionarios jurídicos definen al agente como «toda persona al servicio de una administración pública, en ese sentido se oponen a los gobernantes, que son los únicos que tienen la condición de representantes»²⁵⁰, como «todo colaborador de un servicio público, habitualmente administrativo, asociado con una cierta duración a la ejecución directa de la actividad específica de este y sometido por esa razón al derecho administrativo»²⁵¹ o como «persona reclutada por el Estado, a título estatutario o contractual, a fin de cumplir ciertas funciones» y «encargada de funciones públicas, a título permanente o temporal, tanto por cuenta del Estado como de las colectividades locales o de los establecimientos públicos autónomos»²⁵². En todo caso, las definiciones precedentes se refieren esencialmente al «agente» desde la perspectiva del derecho administrativo del Estado. Sin embargo, los diccionarios jurídicos se refieren también al agente en el ámbito del derecho internacional. Desde esta perspectiva, resulta especialmente interesante las acepciones que el *Dictionnaire de droit international public* da del término agente: «persona que

²⁴⁴ *Diccionario de términos jurídicos*.

²⁴⁵ *Gran diccionario jurídico DVE*.

²⁴⁶ *Diccionario de derecho*.

²⁴⁷ *Diccionario Jurídico Espasa*.

²⁴⁸ *Le Larousse*. Las definiciones en francés son las siguientes: «personne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État)»; «employé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire». Emplea como sinónimos «émissaire», «mandataire» y «représentant».

²⁴⁹ *Le Grand Robert*. La definición en francés es la siguiente: «personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit».

²⁵⁰ *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «toute personne au service d'une administration publique, en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de représentants».

²⁵¹ *Lexique des termes juridiques*. La definición en francés es la siguiente: «tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif».

²⁵² *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions» y «chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes».

actúa por cuenta de una persona jurídica internacional, que le encarga funciones o misiones, ya sean públicas o privadas; persona encargada de funciones diplomáticas o consulares; persona encargada de funciones de representación política sin carácter diplomático», y «en materia de responsabilidad internacional: órganos del Estado o de la organización internacional»²⁵³.

132. Por su parte, en inglés el término «agent» es definido en sentido genérico como «una persona que actúa en nombre de otra»²⁵⁴. En términos jurídicos se define como «un empleado o representante de un órgano gubernamental»²⁵⁵ («government agent») y como «una persona nombrada para actuar públicamente en cuestiones que pertenecen a la administración de gobierno o en un asunto público»²⁵⁶ («public agent»). Además, al definir el concepto de «public power», el *Black's Law Dictionary* lo define como «un poder otorgado a una persona en calidad de “agente” o instrumento de las funciones del Estado», entendiendo que los poderes públicos «se componen de diferentes formas de autoridad legislativa, judicial y ejecutiva»²⁵⁷.

5. «ÓRGANO»

133. Según el *Diccionario de la lengua española*, se entiende por órgano una «[p]ersona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado». Por su parte, en los diccionarios jurídicos se define el término «órgano administrativo» como «las personas que desempeñan un oficio público»²⁵⁸. Bajo esta definición genérica se incluyen todas las categorías de órganos: los que actúan a título representativo y honorífico, o a título remunerado como parte de una carrera profesional dentro de la administración; los que actúan dirigiendo y tienen la potestad de mandar y gozan de prerrogativas de honor y dignidad (autoridades), así como los que actúan ejecutando las decisiones de otros; y tanto los que desempeñan sus funciones de forma permanente como temporal.

134. Los diccionarios generales franceses definen «órgano» («organe») como «el que sirve de intermediario, de portavoz» y como «institución encargada de

hacer funcionar ciertos servicios del Estado»²⁵⁹. En los diccionarios jurídicos, el término «organe» es definido de manera amplia como la «persona o servicio encargado de desempeñar una determinada función constitucional, administrativa o internacional»²⁶⁰. Por su parte, el *Dictionnaire de droit international public*, lo define como «persona, grupo o institución por la que un sujeto internacional desempeña determinadas funciones», y es «aplicado a veces de manera más restringida a los funcionarios susceptibles de representar al Estado y de expresar su voluntad en las relaciones internacionales. Por ejemplo: órganos de las relaciones exteriores: jefe de Estado, ministro de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, etc.»; y «en el ámbito de la responsabilidad internacional, persona o grupo que se considera que actúa en nombre del Estado y cuyos actos son, por consiguiente, imputados a ese Estado»²⁶¹. Es de destacar que el *Dictionnaire de droit international public* define al jefe de Estado como «órgano supremo» y al jefe de gobierno como «órgano superior» del Estado²⁶².

135. Por último, ha de señalarse que el término inglés «organ» es definido en el *Oxford English Dictionary* como «una persona, un conjunto de personas o una cosa por medio de la cual se logra una finalidad o se desarrolla alguna función»²⁶³. Sin embargo, dicho término no se recoge como entrada autónoma en los diccionarios jurídicos consultados.

6. CONCLUSIONES

136. Teniendo en cuenta el análisis de los términos que se ha realizado en las páginas precedentes ha de concluirse, en primer lugar, el diferente significado de los términos «funcionario», «official» y «représentant». Como ya se adelantó al inicio de este informe, dichos términos no tienen un significado uniforme ni equivalente y, por tanto, no pueden utilizarse como términos intercambiables en las distintas versiones lingüísticas del proyecto de artículos.

137. De estos tres términos, únicamente el de «official» parece permitir su utilización en un sentido amplio que, en líneas generales, hace posible su aplicación a todas las categorías de personas que quedan cubiertas por la inmunidad de jurisdicción penal. Sin embargo, sus equivalentes

²⁵³ *Ibid.* Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargé par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique*», y «*en matière de responsabilité internationale: organes de l'État ou de l'organisation internationale*». En un sentido similar, el *Vocabulaire juridique* lo define como: «*terme parfois utilisé dans les documents diplomatiques pour désigner une personne chargée d'une mission par un gouvernement, par exemple d'établir des relations officielles avec un autre gouvernement*».

²⁵⁴ Véase www.oxforddictionaries.com. La definición en inglés es la siguiente: «*a person who acts on behalf of another*».

²⁵⁵ *Black's Law Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «*an employee or representative of a governmental body*».

²⁵⁶ *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «*a person appointed to act for the public in matters pertaining to governmental administration or public business*».

²⁵⁷ *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «*a power vested in a person as an agent or instrument of the functions of the state*»; los poderes públicos «*comprise the various forms of legislative, judicial, and executive authority*».

²⁵⁸ *Diccionario de derecho y Gran diccionario jurídico DVE*.

²⁵⁹ *Le Larousse*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*ce qui sert d'intermédiaire, de porte-parole*» e «*institution chargée de faire fonctionner certains services de l'État*». La segunda acepción se recoge en forma similar en *Le Grand Robert*.

²⁶⁰ *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «*personne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée*».

²⁶¹ *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions*», «*appliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimer sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.*», y «*dans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État*».

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Oxford English Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «*a person, body of people, or thing by which some purpose is carried out or some function is performed*».

en español y francés («funcionario» y «*fonctionnaire*») no parecen ofrecer la misma flexibilidad.

138. En relación con los términos «funcionario» y «*fonctionnaire*» ha de advertirse, además, que están estrechamente ligados a la concepción de una estructura administrativa en la que se distingue claramente entre el gobierno y la administración, en tanto que estructura burocrática permanente al servicio del Estado, en general, y del gobierno, en particular, de tal forma que los funcionarios son, en sentido estricto, las personas permanentemente vinculadas a la administración y que sirven al Estado dentro de aquella, pero que no tienen naturaleza política y que carecen habitualmente de funciones representativas, contrariamente a lo que sucede con los miembros del gobierno, entendido este término en un sentido amplio. Teniendo esto en cuenta, no parece que los términos «funcionario» y su equivalente «*fonctionnaire*» sean los más idóneos para denominar de forma conjunta a todas las personas a que se refiere el presente informe.

139. Por otro lado, el término «representante» y sus equivalentes en las otras dos lenguas ponen el énfasis en el componente representativo de las personas a las que se aplica. En consecuencia, cabe preguntarse si el citado término es el más adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se podría aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, desde el jefe de Estado a un juez, un responsable militar o un funcionario de policía, por citar algunos ejemplos. Esta pregunta resulta especialmente relevante en el marco del presente tema, ya que la Comisión ha concluido que las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad son aquellas que o bien representan al Estado o bien ejercen funciones públicas. Desde esa perspectiva, ha de tenerse en cuenta la necesidad de diferenciar el carácter representativo de una persona de la posibilidad de que sus actos puedan ser considerados como «realizados a título oficial» o, incluso, atribuidos al Estado. El carácter representativo de la persona depende de normas propias del derecho internacional en el caso del jefe de Estado, del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores. Sin embargo, en el caso de las personas que se podrían beneficiar de la inmunidad *ratione materiae* no es obvio que todas ellas tengan una naturaleza representativa *per se*, ya que ello dependerá de las normas de derecho interno que les atribuyen competencias y funciones y que constituyen la base jurídica que les permiten ejercer unos actos respecto de los cuales podría pretenderse en su día una inmunidad de jurisdicción penal. Por consiguiente, tampoco parece que el término «representante» sea el más adecuado para referirse de modo general a todas las personas a las que se refiere el presente informe.

140. Es cierto que los instrumentos internacionales no siempre emplean términos idénticos para referirse a las mismas categorías de personas, siendo necesario tener en cuenta la necesaria flexibilidad que el multilingüismo impone en la redacción de textos jurídicos internacionales. Y, por otro lado, ha de tenerse igualmente en cuenta que, en ocasiones, la propia Comisión ha utilizado términos distintos en distintos proyectos de artículos para referirse a las mismas categorías de personas. Pero, si se analizan las listas de términos incluidas en los párrafos 115 y 117 *supra*, se puede apreciar la tendencia a emplear siempre

un mismo término o términos no muy distintos para referirse a las mismas categorías de personas en un instrumento concreto.

141. La Relatora Especial considera que esta misma práctica debería seguirse también en el caso del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y, a tal efecto, entiende que debe valorarse la utilización en todas las versiones lingüísticas de los términos «agente del Estado» u «órgano del Estado». Ambos términos presentan la ventaja de ser empleados habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta del mismo. Además, el significado amplio que habitualmente parece darse a ambos términos permite su utilización en un sentido omnicompreensivo, para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público. Por último, ambos términos han sido utilizados previamente en los tratados analizados, así como por la Comisión. Sin embargo, debe destacarse que la Comisión ha optado por el empleo del término «órgano» en relación con dos temas que, a pesar de sus diferencias conceptuales y metodológicas, guardan una cierta relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber, las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes y la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Aunque en ambos casos el término órgano se refiere a personas y entidades, nada impide que en el presente tema dicho término se emplee para referirse exclusivamente a las personas físicas. El empleo del término órgano presenta, además, la ventaja de parecer más adecuado para referirse al jefe de Estado y al jefe de gobierno, respecto de los cuales el empleo de la expresión agente no es frecuente en la práctica jurídica ni diplomática.

142. En consecuencia, la Relatora Especial considera que el término «órgano» es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y por ello sugiere que la Comisión se pronuncie en el presente período de sesiones sobre la denominación de las personas que se benefician de esta inmunidad, modificando el título del tema así como la referencia que en los proyectos de artículos ya aprobados se hace al término «funcionario» para sustituirlo por el de «órgano». No obstante, hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto, tanto en el presente informe como en los proyectos de artículos que se incluyen en el mismo se seguirá utilizando con carácter provisional el término «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés.

D. El concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos

143. Teniendo en cuenta el análisis que en las páginas precedentes se hace de los criterios identificativos del concepto de funcionario, se propone a continuación un proyecto de artículo. Dicho proyecto de artículo toma en consideración la existencia de dos categorías de personas claramente diferenciadas, en razón de que se les aplique la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae*. Por ello, cada una de estas dos categorías de

personas se mencionan en apartados separados. Además, la definición propuesta toma en cuenta igualmente los criterios identificativos del concepto de funcionario enumerados en el párrafo 108 *supra*, que se reflejan en el segundo de los apartados.

144. Dado que la definición que se contiene en la propuesta se refiere a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, la misma debe incorporarse en el proyecto de artículo dedicado a las definiciones o uso de términos, del que constituiría el apartado *e*. En consecuencia se propone incluir el siguiente apartado en el proyecto de artículo 2 (antes 3):

«Proyecto de artículo 2 (antes 3).
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

e) Se entiende por funcionario del Estado:

i) el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores;

ii) cualquier otra persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado.»

**E. El alcance subjetivo de la inmunidad
*ratione materiae***

145. Como se ha señalado en los párrafos 12 y 13 *supra*, la determinación de las personas a las que se aplica la inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los elementos normativos de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal. El primer criterio identificativo de dichas personas se concreta en la existencia de un vínculo con el Estado, que justifica el que se les reconozca una inmunidad de jurisdicción penal en interés del Estado, a los efectos de proteger sus prerrogativas soberanas. Dicho vínculo con el Estado es, por tanto, un elemento central para definir el concepto de funcionario.

146. Este vínculo está relacionado con el concepto de «acto realizado a título oficial», que constituye el segundo de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, pero no puede identificarse ni confundirse con el mismo. Por el contrario, a los efectos de la definición del ámbito subjetivo de este tipo de inmunidad, la referencia al vínculo con el Estado ha de limitarse a la constatación de que el individuo puede actuar en nombre y por cuenta del Estado, desempeñando funciones que implican el ejercicio de atribuciones del poder público. Por tanto, para definir el concepto de funcionario a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* no se ha tomado en consideración el contenido concreto del acto realizado por la persona. Dicho contenido está relacionado con el concepto y límites del «acto realizado a título oficial» y, por tanto, será analizado en el próximo informe. En suma, la existencia de un vínculo entre el beneficiario de la inmunidad *ratione materiae* y el Estado debe entenderse en el sentido de que la persona en cuestión esté en posición de

poder realizar actos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público. Que un acto concreto realizado por un funcionario se beneficie o no de la citada inmunidad dependerá de la concurrencia o no de sus otros dos elementos normativos, a saber, si el acto en cuestión puede ser calificado como «acto realizado a título oficial» y si dicho acto se ha realizado por su autor durante el período en que es funcionario del Estado.

147. Esta precisión es importante ya que, en la variada práctica estatal, podemos encontrar personas que tienen un vínculo formal con el Estado y que, sin embargo, no tienen asignadas funciones que impliquen el ejercicio de atribuciones del poder público. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse como ejemplos un médico, un profesor, el conductor de medios de transporte estatales, un funcionario administrativo o cierto personal de servicio que, en algunas administraciones nacionales, tienen naturaleza funcional y de los que, sin embargo, no puede entenderse que —como regla y en virtud de este mero vínculo con el Estado— ejerzan atribuciones del poder público. En relación con ello, debe recordarse que si la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios para garantizar la soberanía del Estado, solo será posible reconocer dicha inmunidad respecto de personas que estén en condiciones de poder ejercer prerrogativas propias de la misma, es decir atribuciones del poder público.

148. La Comisión ha abordado con anterioridad el concepto de atribuciones del poder público, pero no ha dado una definición del mismo. Sin embargo, con ocasión de la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, ha empleado en varias ocasiones dicha expresión, y en los comentarios a los artículos correspondientes ofrece algunos ejemplos aislados de qué puede entenderse por poder público, a saber, las funciones de policía²⁶⁴, la detención y la imposición de sanciones y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria o el control de la inmigración y la cuarentena²⁶⁵. La falta de definición del concepto de «atribuciones del poder público» puede entenderse por la variedad de supuestos que pueden producirse en la práctica y que obligan a un análisis caso por caso, para lo que tendrá «particular importancia, no solo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren [...] para qué fines se ejercen y en qué medida (el titular de las atribuciones) es responsable de su ejercicio ante el Estado»²⁶⁶. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que el concepto de «poder público» ha de entenderse en un sentido amplio que incluye el ejercicio de prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas.

149. En todo caso, el elemento relevante para definir a un funcionario a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es la posibilidad de que, en virtud de las competencias que le asigna el derecho nacional, pueda ejercer

²⁶⁴ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 40, párr. 6 del comentario introductorio al capítulo II y pág. 45, párr. 5 del comentario al proyecto de artículo 5.

²⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 44, párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 5.

²⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al proyecto de artículo 5. La Comisión afirmó en esa ocasión que «lo que se considera “poder público” dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones».

atribuciones del poder público. Por tanto, el rango jerárquico del funcionario no es, en sí mismo, un elemento suficiente ni autónomo para concluir que una persona es funcionario del Estado a los efectos de nuestro tema. La práctica analizada *supra* pone de manifiesto que la inmunidad *ratione materiae* habitualmente se ha alegado en relación con funcionarios de rango alto o medio. Por el contrario, la alegación de esta inmunidad respecto de funcionarios de bajo nivel es extraordinaria, habiéndose producido en un número muy reducido de casos. Esta práctica viene a confirmar lo antes dicho, ya que en la mayoría de los casos son estos funcionarios de nivel alto y medio los que están habilitados para el ejercicio de funciones propias del poder público. Sin embargo, no se puede excluir *prima facie* que otros funcionarios de rango inferior puedan ejercer las mismas prerrogativas en determinadas circunstancias. En definitiva, la existencia de un vínculo con el Estado que coloca a una persona en condiciones de poder ejercer atribuciones del poder público no depende mecánicamente de criterios formales tales como el rango jerárquico o el estatuto jurídico del puesto o cargo desempeñado; por el contrario, el peso que estos elementos formales pueden tener para concluir que una persona puede ejercer atribuciones del poder público dependerá de cada supuesto concreto y exige un análisis caso por caso. En resumen, no puede concluirse que toda persona que tenga un vínculo con el Estado que permita calificarla como funcionario en sentido amplio se beneficie necesariamente de la inmunidad *ratione materiae*; sin embargo, tampoco es posible concluir que únicamente los funcionarios de rango elevado se benefician de dicha inmunidad.

150. Por último, ha de tenerse en cuenta que, tal como ya ha establecido la Comisión, un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno y un antiguo ministro de relaciones exteriores podrían beneficiarse igualmente de la inmunidad *ratione materiae*²⁶⁷. Por tanto, dichas personas han de considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de esta categoría de inmunidad, ya que no hay duda alguna de que todos ellos tuvieron, durante su mandato, un vínculo con el Estado que les colocaba en posición de poder ejercer atribuciones del poder público.

151. Teniendo en cuenta lo antes señalado se propone el siguiente proyecto de artículo, que sigue el mismo modelo del proyecto de artículo sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la inmunidad *ratione personae* aprobado por la Comisión en 2013:

«TERCERA PARTE.

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae

Los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.»

²⁶⁷ Véase el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, así como el comentario a dicho artículo, en esp. párr. 7 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

CAPÍTULO III

Plan de trabajo futuro

152. En su próximo informe, la Relatora Especial se propone concluir el análisis de los otros dos elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, a saber, el concepto de «acto realizado a título oficial» y el alcance temporal de la inmunidad. Además, en el mismo informe

se propone abordar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Con ello se finalizará el estudio de los aspectos sustantivos de la inmunidad, reservando para un informe ulterior los aspectos procesales de la misma.

ANEXO

Proyectos de artículos propuestos

Proyecto de artículo 2 (antes 3). Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

e) Se entiende por funcionario del Estado:

i) el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores;

ii) cualquier otra persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales,

cualquiera que sea su posición en la organización del Estado.

TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae

Los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/671

Segundo 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]
[26 de marzo de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>	
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		122
Obras citadas en el presente informe		124
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN	1-3	126
<i>Capítulo</i>		
I. DETERMINACIÓN DE LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR.....	3-19	127
A. Comportamiento observado «en la aplicación» y «acerca de la interpretación» del tratado	4-6	127
B. Comportamiento no observado «en la aplicación» y «acerca de la interpretación» del tratado	7-10	128
C. Determinación de si el comportamiento se observa «en la aplicación» o «acerca de la interpretación» de un tratado	11-18	129
D. Conclusión	19	131
II. POSIBLES EFECTOS DE LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN LA INTERPRETACIÓN	20-41	131
A. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	21-29	131
B. Práctica de los Estados	30-38	133
C. Especificidad de la práctica	39-41	135
III. FORMA Y VALOR DE LA PRÁCTICA ULTERIOR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31, PÁRR. 3, APDO. <i>b</i>	42-48	136
A. Formas que podría revestir la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo. <i>b</i>	43	136
B. Densidad y uniformidad de la práctica ulterior	44-48	136
IV. ACUERDO DE LAS PARTES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE UN TRATADO	49-75	138
A. Existencia y alcance del acuerdo	50-53	138
B. El «acuerdo» a que se hace referencia en el artículo 31, párr. 3, puede ser informal	54	139
C. Conocimiento por las partes de su acuerdo	55	139
D. El acuerdo mencionado en el artículo 31, párr. 3, no necesariamente debe ser jurídicamente vinculante en sí mismo	56-57	139
E. El silencio como posible elemento de un acuerdo en virtud del artículo 31, párr. 3	58-70	140
F. Práctica ulterior por la que consta un acuerdo sobre la inaplicación temporal de un tratado o sobre un mero arreglo práctico	71-72	142
G. Modificación o rescisión de un acuerdo acerca de la interpretación mencionado en el artículo 31, párr. 3, apdos. <i>a</i> o <i>b</i>	73-75	143

* El Relator Especial agradece el apoyo brindado por el programa de becas del Programa de Derecho y Asuntos Públicos de la Universidad de Princeton, gracias al cual ha sido posible elaborar el presente informe.

	Párrafos	Página
V. DECISIONES ADOPTADAS EN EL MARCO DE LAS CONFERENCIAS DE LOS ESTADOS PARTES.....	76-111	144
A. Formas de las conferencias de los Estados partes	77-78	144
B. Tipos de actos adoptados por los Estados partes en el marco de una conferencia de los Estados partes.....	79-83	145
C. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los que se refiere el artículo 31, párr. 3, pueden dimanar de las conferencias de los Estados partes.....	84-95	146
D. Forma y procedimiento.....	96-107	148
E. Actos no aprobados en presencia de todas las partes en un tratado	108-111	151
VI. ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN POR MEDIO DE LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR	112-166	152
A. Procedimientos concretos de interpretación y artículo 31, párr. 3, apdos. <i>a</i> y <i>b</i>	113-114	152
B. La relación entre interpretación y modificación.....	115-116	152
C. Modificación de los tratados por medio de acuerdos ulteriores o la práctica ulterior	117-166	153
VII. FUTURO PROGRAMA DE TRABAJO	167	163
ANEXO. Proyectos de conclusiones propuestos		163

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
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.
Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 27 de julio de 1929)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CXVIII, núm. 2734, pág. 343.
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, núm. 102, pág. 295.
Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (con anexo) (Washington D.C., 2 de diciembre de 1946)	Ibíd., vol. 161, núm. 2124, pág. 72.
Convención relativa a la Organización Marítima Internacional (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Ibíd., vol. 289, núm. 4214, pág. 3.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, núms. 970 a 973, págs. 31 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 972, págs. 135 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
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 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, núms. 17512 y 17513, págs. 3 y 609.
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, núm. 2889. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 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, núm. 2545, pág. 137.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, núm. 7310.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638.

	<i>Fuente</i>
Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Londres, Moscú y Washington D.C., 1 de julio de 1968)	Ibíd., vol. 729, núm. 10485, pág. 161.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 17 de febrero de 1976)	Ibíd., vol. 996, núm. 14583, pág. 245.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (Londres, Moscú y Washington D.C., 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, núm. 14860, pág. 163.
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (Londres, México, Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, núm. 15749, pág. 120.
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington D.C., 3 de marzo de 1973)	Ibíd., vol. 993, núm. 14537, pág. 243.
Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (con anexos) (Bonn, 23 de junio de 1979)	Ibíd., vol. 1651, núm. 28395, pág. 333.
Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (con protocolos) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, núm. 22495, pág. 137.
Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II)	Ibíd.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.
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)	Ibíd., vol. 1836, núm. 31364, pág. 3.
Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)	Ibíd., vol. 2167, núm. 37924, pág. 3.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, núm. 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, núm. 26369, pág. 65.
Enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Beijing, 3 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2173, núm. 26369, pág. 183.
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.
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Ibíd., vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.
Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997)	Ibíd., vol. 2303, núm. 30822, pág. 162.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.
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. Porrua, 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, núm. 33757, pág. 3.
Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, núm. 31874.
Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Ginebra, de 21 de mayo de 2003)	Ibíd., vol. 2302, núm. 41032, pág. 166.

Obras citadas en el presente informe

- ALVAREZ, Jose E.
«Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 123 a 132.
- ANDERSON, D.H.
«The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, núm. 2 (1996), págs. 463 a 475.
- AUST, Anthony
«The Theory and Practice of Informal International Instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4 (1986), págs. 787 a 812.
Modern Treaty Law and Practice, 3.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BERNHARDT, Rudolf
Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Berlín, Heymann, 1963.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence
«Environmental Treaties in Time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, núm. 6 (2009), págs. 293 a 298.
«Subsequent Practice, Practices, and “Family Resemblance”: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 53 a 68.
- BOYLE, Alan E.
«Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions», *Journal of Environmental Law*, vol. 3, núm. 2 (1993), págs. 225 a 245.
- BROWER, Charles H.
«Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105», *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, núm. 2 (2006), págs. 347 a 364.
- BRUNNÉE, Jutta
«COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1 (2002), págs. 1 a 52.
«Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 101 a 126.
«Treaty amendments», en Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 347 a 366.
- BUGA, I.
«Subsequent practice and treaty modification», en M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, de próxima publicación.
- BUGNION, François
«El emblema de la Cruz Roja. Reseña Histórica», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 16, (1977), págs. 163 a 187.
Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem, 4.ª ed. rev., Ginebra, CICR, 2006.
Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo, Ginebra, CICR, 2007.
- CARNAHAN, Burrus M.
«Treaty review conferences», *AJIL*, vol. 81, núm. 1 (1987), págs. 226 a 230.
- CAROZZA, Paolo G.
«Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5 (1998), págs. 1217 a 1238.
- CHAN, Phil C.W.
«Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited», *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), págs. 421 a 439.
- CHURCHILL, Robin y Geir ULFSTEIN
«Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law», *AJIL*, vol. 94 (2009), págs. 623 a 659.
- COT, Jean-Pierre
«La conduite subséquente des parties á un traité», *RGDIP*, vol. 70 (1966), págs. 632 a 666.
- CRAWFORD, James
«A consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 29 a 33.
- CREMA, Luigi
«Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 13 a 28.
- CROOK, John R.
«Contemporary practice of the United States», *AJIL*, vol. 105, 2011, págs. 775 a 818.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DISTEFANO, Giovanni
«La pratique subséquente des États parties à un traité», *AFDI*, vol. 40 (1994), págs. 41 a 71.
- DÖRR, Oliver
«Article 31. General rule of interpretation», en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties — A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, págs. 521 a 571.
- ESTADOS UNIDOS, DEPARTAMENTO DE DEFENSA
Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress, United States Government Printing Office, 1992.
- FAUCHALD, Ole Kristian
«The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2 (2008), págs. 301 a 365.
- FOX, Hazel
«Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island Case*», en Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias y Pans Merkouris (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
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GAUTIER, Philippe
«Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», en N. Angelet (ed.), *Droit du pouvoir*,

pouvoir du droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 425 a 454.

HAFNER, Gerhard

«Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendments», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 105 a 122.

HALABI, Sam Foster

«The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), págs. 121 a 183.

HANDL, Günther

«International "Lawmaking" by Conferences of the Parties and Other Politically Mandated Bodies», en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 127 a 143.

HARASZTI, Gyorgy

Some Fundamental Problems in the Law of Treaties, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973.

HELPER, Laurence R.

«Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights», *Cornell International Law Journal*, vol. 26 (1993), págs. 133 a 165.

HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.)

El derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. 1, Normas, Buenos Aires, CICR, 2007.

Customary International Humanitarian Law, vol. 2: Practice, Cambridge, CICR y Cambridge University Press, 2005.

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: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 173 a 181.

JOYNER, Daniel H.

Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty, Oxford, Oxford University Press, 2011.

KADELBACH, Stefan

«Domestic Constitutional Concerns with Respect to the Use of Subsequent Agreements and Practice at the International Level», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 145 a 153.

KAMTO, Maurice

«La volonté de l'État en droit international», en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2004*, t. 310, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, págs. 9 a 428.

KARL, Wolfram

Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht. Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge, Berlín, Springer, 1983. En alemán, resumen en inglés.

KELLY, G.M.

«The Temple Case in historical perspective», BYBIL 1963, vol. 39 (1965), págs. 462 a 472.

KOHEN, Marcelo

«*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), págs. 253 a 274.

«Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 34 a 45.

KOLB, Robert

«La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), págs. 9 a 32.

KRÄHENMANN, Sandra

«Protection of prisoners in armed conflict», en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 359 a 411.

LINDERFALK, Ulf

«Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, núm. 1 (2007), págs. 133 a 154.

On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Springer, 2007.

MALKANI, Bharat

«The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 3 (2013), págs. 523 a 556.

MARSTON, Geoffrey (ed.)

«United Kingdom materials on international law 1981», BYBIL 1981, vol. 52, núm. 1 (1982), págs. 361 a 533.

MCADAM, Jane

Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

MILLETT, Piers

«The Biological Weapons Convention: Securing Biology in the Twenty-first Century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, núm. 1 (2010), págs. 25 a 43.

MURPHY, Sean D.

«The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 82 a 94.

NOLTE, Georg

«Second Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 210 a 306.

«Third Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 307 a 386.

ODENDAHL, K.

«Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties — A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, págs. 699 a 708.

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL

«Dumping at sea. The evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO*, Londres, OMI, julio de 1997.

PAN, Eric J.

«Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes», *Harvard International Law Journal*, vol. 38 (1997), págs. 503 a 535.

REINO UNIDO, MINISTERIO DE DEFENSA

The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Shrivenham, Joint Doctrine and Concepts Centre, 2004.

- RICHTSTEIG, Michael
Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen. Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, 2.ª ed., Baden Baden, Nomos, 2010.
- RÖBEN, Volker
 «Conference (Meeting) of States Parties», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 605 a 612.
- ROBERTS, Anthea
 «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *AJIL*, vol. 104 (2010), págs. 179 a 225.
- RUIZ FABRI, Héléne
 «Subsequent Practice, Domestic Separation of Powers, and Concerns of Legitimacy», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 160 a 166.
- SALMON, Jean
Manuel de droit diplomatique, Bruselas, Bruylant, 1994.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN (eds.)
Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Dordrecht, CICR y Martinus Nijhoff, 1987.
- SANDS, Philippe y Pierre KLEIN
Bowett's Law of International Institutions, 5.ª ed., Singapur, Sweet and Maxwell, 2001.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SHIELDS DELESSERT, Christiane
Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, Ambilly, Schulthess, 1977.
- SIMMA, Bruno
 «Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 46 a 49.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2.ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKORDAS, A.
 «General provisions: article 5», en Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 669 a 706.
- SOREL, Jean-Marc and Valerie BORÉ EVENO
 «Article 31: Convention of 1969», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties — A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 804 a 837.
- SPIEKER, Heike
 «Medical transportation», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 52 a 60.
- THIRLWAY, Hugh
 «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989. Supplement, 2006: part three», *BYBIL*, vol. 77, núm. 1 (2006), págs. 1 a 82.
- TREVES, Tullio
 «The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention», en Alex G. Oude Elferink (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, págs. 55 a 74.
- TROUWBORST, Arie
 «Transboundary Wildlife Conservation in a Changing Climate: Adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and Its Daughter Instruments to Climate Change», *Diversity*, vol. 4, núm. 3 (2012), págs. 258 a 300.
- VILLIGER, Mark E.
Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- «The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The “Crucible” Intended by the International Law Commission», en Enzo Cannizzar (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 105 a 122.
- WIERSEMA, Annecoos
 «The new International Law-Makers? Conferences of the Parties to Multilateral Environmental Agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), págs. 231 a 287.
- WUERTH, Ingrid
 «Treaty Interpretation, Subsequent Agreements and Practice, and Domestic Constitutions», en Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 154 a 159.
- YASSEEN, Mustafa Kamil
 «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, t. 151, Leiden, Sijthoff, 1978, págs. 3 a 114.

Introducción

1. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión de Derecho Internacional examinó el primer informe sobre el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados» y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusiones con comentarios¹. Esos proyectos de conclusiones:

a) Sitúan el tema en el marco general de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena de 1969) (proyecto de conclusión 1);

b) Caracterizan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969 como medios auténticos de interpretación (proyecto de conclusión 2);

¹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 29 a 39.

c) Delimitan la relación entre los acuerdos ulteriores, la práctica ulterior y las condiciones en que puede interpretarse que los términos de un tratado evolucionan con el tiempo (proyecto de conclusión 3);

d) Formulan definiciones de acuerdo ulterior y de dos formas de práctica ulterior (proyecto de conclusión 4);

e) Tratan la cuestión de la atribución de la práctica ulterior (proyecto de conclusión 5).

2. Durante los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 65.º período de sesiones², los Estados reaccionaron por lo general favorablemente a la labor realizada por la Comisión sobre el tema³. Las cuestiones y preocupaciones concretas planteadas en esos debates se abordarán en el presente informe y cuando la Comisión examine los proyectos de conclusiones de conformidad con sus procedimientos. Entre las novedades pertinentes producidas desde el 65.º período de sesiones de la Comisión figuran los fallos emitidos por la Corte Internacional de Justicia en los casos *Maritime Dispute*⁴ y *Whaling in the Antarctic*⁵. Este segundo informe abarca los siguientes aspectos del tema:

² *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte).

³ Las declaraciones formuladas por los Estados durante los debates en la Sexta Comisión sobre el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63.º y 65.º (tema 81 del programa) se pueden consultar en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 17.ª a 26.ª (A/68/C.6/SR.17 a A/68/C.6/SR.26).

⁴ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 3. Para un resumen en español de los numerosos fallos de la Corte Internacional de Justicia citados en el presente informe, véase *C.I.J. Resúmenes 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007 o 2008-2012*, según corresponda.

⁵ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226. Véase también

a) Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (cap. I)⁶;

b) Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados (cap. II);

c) Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo. b (cap. III)⁷;

d) Condiciones para un «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31, párr. 3 (cap. IV)⁸;

e) Decisiones adoptadas en el marco de las conferencias de los Estados partes (cap. V); y

f) Posible alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (cap. VI).

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), fallo, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 281, párr. 75.

⁶ El artículo 31, párr. 3, apdo. a, habla de acuerdo ulterior «entre las partes».

⁷ La Comisión ha dejado esta cuestión pendiente (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 20); la secuencia sigue la distinción establecida por el Órgano de Apelación de la OMC, que «señaló en *Estados Unidos – Juegos de azar* que la “práctica ulteriormente seguida” entraña dos elementos: [...] i) que exista una pauta común, concordante y coherente de actos o declaraciones; y ii) que esos actos o pronunciamientos impliquen un acuerdo sobre la interpretación de la disposición respectiva” (OMC, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros: trato arancelario 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).

⁸ La Comisión ha dejado esta cuestión pendiente (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 16).

CAPÍTULO I

Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

3. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación deben identificarse como tales.

A. Comportamiento observado «en la aplicación» y «acerca de la interpretación» del tratado

4. La práctica ulterior mencionada en los artículos 31, párr. 3, apdo. b, y 32 debe seguirse «en la aplicación del tratado»⁹ y los acuerdos ulteriores mencionados en el artículo 31, párr. 3, apdo. a, deben ser «acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones»¹⁰. Aunque puede haber aspectos de la «interpretación» que no guarden relación con la «aplicación» de un tratado¹¹,

toda aplicación de un tratado presupone la interpretación de este, incluso si la norma en cuestión puede parecer evidente a primera vista¹². En consecuencia, tanto en el

las consecuencias que recaen en las partes contratantes» (*Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*, pág. 18); dicho autor reconoce, no obstante, que «una norma jurídica, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, no puede aplicarse a menos que se haya aclarado su contenido» (ibíd., pág. 15).

¹² Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1), párr. 423; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 27 a 29 y 213; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», pág. 47; Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», págs. 141 a 144 y 147; Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», pág. 44; Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The “crucible” intended by the International Law Commission», pág. 111.

⁹ Ibíd., párr. 38, proyecto de conclusión 4, párr. 3.

¹⁰ Ibíd., proyecto de conclusión 4, párr. 1.

¹¹ Según Haraszti, la interpretación «tiene como objetivo aclarar el sentido del texto», mientras que la aplicación «supone precisar

comportamiento «acerca de la interpretación» del tratado como en el comportamiento observado «en la aplicación» del tratado, uno o más Estados partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado¹³. Si bien en el caso de un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado»¹⁴ mencionado en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a* (primera alternativa) la posición acerca de la interpretación del tratado se asume de manera específica y deliberada, es posible que la situación no sea tan clara en el caso de «acuerdo ulterior [...] acerca de [...] la aplicación de sus disposiciones» mencionado en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a* (segunda alternativa). La posición acerca de la interpretación asumida «por medio de la aplicación» se refleja en los simples actos de aplicación del tratado, es decir, en «cada medida adoptada sobre la base del tratado interpretado»¹⁵, con arreglo a los artículos 31, párr. 3, apdo. *b*, y 32¹⁶.

5. Es difícil imaginar un comportamiento observado «en la aplicación del tratado» que no entrañe la asunción por el Estado parte en cuestión de una posición «acerca de la interpretación» del tratado. De hecho, un comportamiento que no permita considerar que el Estado en cuestión ha asumido una posición acerca de la interpretación del tratado no puede considerarse realizado «en» su «aplicación». De ello se desprende que el comportamiento observado «en la aplicación del tratado» no es más que un ejemplo, aunque el más importante de todos ellos, de actos «acerca de la interpretación». Por tanto, la palabra «o» del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, no designa ninguna alternativa, sino más bien un ejemplo de la misma cuestión.

6. Cabe señalar que una determinada «aplicación» del tratado no necesariamente refleja la única posición jurídicamente posible de un Estado parte con arreglo al tratado y a las circunstancias¹⁷. Además, el concepto de «aplicación» no excluye las prácticas de agentes no estatales que el tratado reconoce como formas de aplicación y que son atribuibles a una o más de sus partes¹⁸.

B. Comportamiento no observado «en la aplicación» y «acerca de la interpretación» del tratado

7. El comportamiento ulterior que se realiza con independencia de una obligación convencional no es un

¹³ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 235; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 162; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 114 y 118; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», págs. 556 y 557, párrs. 80 y 82.

¹⁴ Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero nunca se abordó ni aclaró su alcance y finalidad (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*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, A/CONF.39/11 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.68.V.7), 31.ª sesión, pág. 185, párr. 53).

¹⁵ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, pág. 167.

¹⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38, proyectos de conclusiones 1, párr. 4, y 4, párr. 3.

¹⁷ Véanse los capítulos I, secc. C, y II, secc. B.2 *infra*.

¹⁸ Véase Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and “family resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu», págs. 54, 56, 59 y 60.

comportamiento observado «en la aplicación del tratado» o «acerca» de su interpretación. En el caso *Certain Expenses of the United Nations*, por ejemplo, algunos magistrados pusieron en duda que el pago continuo por los Estados Miembros de las Naciones Unidas de sus contribuciones como miembros significara que estos aceptaban determinada práctica de la Organización¹⁹. El magistrado Fitzmaurice formuló, en este contexto, una advertencia bien conocida, a saber: «si se lleva demasiado lejos, el argumento basado en la práctica puede dar lugar a una petición de principio»²⁰. Según el magistrado Fitzmaurice, «difícilmente se puede deducir del mero hecho de que los Estados Miembros pagan que estos admiten necesariamente en todos los casos que existe una obligación jurídica positiva de hacerlo»²¹.

8. Asimismo, en el caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que el intento de las partes en el Acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la Corte) de celebrar un acuerdo especial o compromiso adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes consideraran que la celebración de ese acuerdo adicional fuera necesaria para establecer la competencia de la Corte²².

9. Otro ejemplo de práctica voluntaria que no se realiza «en aplicación» o «acerca de la interpretación» de un tratado se refiere a la «protección complementaria» en el contexto del derecho de los refugiados. Las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado previsto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a menudo reciben «protección complementaria», equivalente a la protección prevista en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden esa protección complementaria no consideran que estén actuando «en aplicación de» la Convención²³.

10. A veces es difícil distinguir los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior pertinentes acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado con arreglo a los artículos 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*, y 32, de otros comportamientos o actos en el contexto más amplio del tratado, incluidos los «actos simultáneos» en la esfera del tratado. Sin embargo, esa distinción es importante, ya que solo el comportamiento acerca de la interpretación observado por una o más partes tiene autoridad específica en el proceso de interpretación. Basta con decir en este punto que cuanto más específica sea la relación de un acuerdo o práctica con un tratado, mayor valor probatorio o interpretativo puede adquirir con arreglo a los artículos 31,

¹⁹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 201 y 202 (opinión separada del magistrado Fitzmaurice) y págs. 189 a 195 (opinión separada del magistrado Spender).

²⁰ *Ibid.*, pág. 201.

²¹ *Ibid.*

²² *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 16, párr. 28.

²³ Véase Skordas, «General provisions: article 5», pág. 682, párr. 30; McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, pág. 21.

párr. 3, apdos. *a* y *b*, y 32²⁴. El fallo en el caso *Maritime Dispute* es el ejemplo más reciente de la necesidad de establecer esa distinción, pero también de lo difícil que resulta a veces establecerla²⁵.

C. Determinación de si el comportamiento se observa «en la aplicación» o «acerca de la interpretación» de un tratado

11. Para determinar si un acuerdo ulterior o una práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párr. 3, y 32 de la Convención de Viena de 1969 refleja una posición acerca de la interpretación de un tratado se requiere a menudo un cuidadoso análisis fáctico y jurídico. Este extremo puede ilustrarse con ejemplos de la práctica judicial y de los Estados.

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

12. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece diversos ejemplos en los que en última instancia se consideró que lo que a primera vista podía parecer un acuerdo o práctica ulterior pertinente no lo era, y viceversa. Así, por ejemplo, la Corte no consideró que un «comunicado ministerial conjunto» formara parte «de la base convencional del derecho de libre navegación», dado que «las modalidades de cooperación que establecen pueden ser revisadas a conveniencia de las partes»²⁶. La Corte ha sostenido, sin embargo, que la ausencia de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado, o la inexistencia de ciertas formas de aplicación del tratado, constituía una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en virtud de diversos tratados sobre armas envenenadas²⁷. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede determinarse examinando atentamente si esta se realiza, y en qué medida, «acerca de la interpretación» del tratado. Por ello, la Corte sostuvo, en el caso *Whaling in the Antarctic*, que «las resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Ballenera Internacional] que han sido aprobadas por consenso exhortan a los Estados partes a que tengan en cuenta si los objetivos de investigación pueden alcanzarse en la práctica y en el plano científico con métodos de investigación no letales, pero no establecen la obligación de que solo se usen métodos letales cuando no haya otros métodos disponibles»²⁸.

²⁴ En relación con el «valor» (probatorio o interpretativo) de un acuerdo o práctica como medio de interpretación, véase el capítulo III *infra*.

²⁵ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 41 a 58, párrs. 103, 104 a 117 y 118 a 151.

²⁶ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 234 y 235, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1091, párr. 68, donde la Corte Internacional de Justicia dio a entender que una de las partes no consideraba que ciertos tipos de cooperación práctica fueran jurídicamente pertinentes en relación con la cuestión de la frontera en disputa y, por lo tanto, no aceptó la posición opuesta de la parte contraria.

²⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 248, párrs. 55 y 56; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, excepción preliminar, fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 232 a 235.

²⁸ *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 257, párr. 83.

2. TRIBUNAL DE RECLAMACIONES IRÁN-ESTADOS UNIDOS

13. A la hora de determinar si la Declaración sobre Solución de Reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares a la República Islámica del Irán, en particular a la luz de la práctica ulterior de las partes, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró que dicho tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución²⁹:

66. [...] Aunque el párrafo 9 de la Declaración General no establece expresamente ninguna obligación de indemnizar al Irán en caso de que no se le devuelvan ciertos artículos debido a las disposiciones del derecho de los Estados Unidos aplicables antes del 14 de noviembre de 1979, el Tribunal considera que esa obligación está implícita en dicho párrafo. [...]

68. Además, el Tribunal considera que la interpretación realizada en el párrafo 66 *supra* es coherente con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. De conformidad con el artículo 31 3) *b*) de la Convención de Viena, dicha práctica también debe tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981 en la que informó al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos señalaron expresamente que, «en la medida de lo posible, se reembolsará al Irán el costo del equipo».

Esta posición fue criticada por el magistrado Holtzmann en su opinión disidente:

El comportamiento ulterior de un Estado parte solo es una base adecuada para interpretar un tratado si consta que dicho comportamiento estuvo motivado por el tratado. En este caso no hay pruebas, ni siquiera ningún argumento, que permitan concluir que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por sus bienes respondiera a su percepción de que existía una obligación impuesta por el párrafo 9. Ese comportamiento sería igualmente coherente con la existencia de una obligación contractual de efectuar el pago. A falta de indicios de que ese comportamiento estuviera motivado por el tratado, es incorrecto basarse en él para interpretar el tratado³⁰.

En su conjunto, la opinión de la mayoría y la opinión disidente acotan claramente las cuestiones pertinentes.

3. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

14. En ocasiones, de la naturaleza de un tratado o de una disposición específica también puede deducirse que los Estados partes asumen una posición acerca de la interpretación de este. Si bien la práctica ulterior en la aplicación de un tratado consiste a menudo en actos de distintos órganos del Estado (ejecutivos, legislativos o judiciales) de aplicación consciente de un tratado a distintos niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no suele abordar explícitamente la cuestión de si una práctica concreta se realizó «en la aplicación» o «acerca de la interpretación» del Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹, o si el

²⁹ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo parcial 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America, Iran-United States Claims Tribunal Reports (Iran-USCTR)*, vol. 19, 1988-II, págs. 294 y 295, párrs. 66 y 68.

³⁰ *Ibid.*, opinión separada del magistrado Holtzmann (en parte concurrente y en parte disidente), pág. 304.

³¹ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. The United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, fallo de 7

Estado, al realizarla, estaba asumiendo una posición jurídica. Así, al describir la situación jurídica interna en los Estados miembros, el Tribunal rara vez se pregunta si esa situación jurídica es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se hayan debatido los posibles requisitos establecidos en el Convenio. El Tribunal presume, no obstante, que los Estados miembros, al legislar o actuar de una manera particular, son conscientes de las obligaciones que les incumben con arreglo al Convenio y que su proceder responde a una interpretación de buena fe de sus obligaciones³². Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la «falta de aprensión» de las partes a interpretar el Convenio en cierto sentido puede ser indicativa de que asumen determinada posición acerca de la interpretación del tratado³³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien hace menos referencia a la práctica legislativa de los Estados y se concentra más en los acontecimientos internacionales más generales, ha utilizado en ocasiones esa práctica legislativa como medio de interpretación³⁴.

4. DERECHO DEL MAR

15. El Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ofrece un ejemplo importante de la necesidad de determinar cuidadosamente, antes que nada, si un acto o acuerdo constituye efectivamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior «acerca de la interpretación» o «en la aplicación» del tratado. El Acuerdo establece que se interpretará en forma conjunta con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como un «solo instrumento» y que, en los casos de conflicto, prevalecerá lo dispuesto en él³⁵. El hecho de que solo las partes en la Convención puedan ser partes en el Acuerdo³⁶ sugiere que, en la medida en que no todas las partes en la Convención son partes en el Acuerdo, este (también) pretende influir en la interpretación de aquella. Por tanto, aunque el

Acuerdo prevé la «no aplicación» de las disposiciones de la Convención³⁷, crea nuevas instituciones y, cabría afirmar, formula incluso enmiendas a la Convención, también es, al asumir ciertas posiciones acerca de la interpretación de la Convención, una forma de práctica ulterior acerca de la interpretación de esta³⁸.

5. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

16. El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III) establece que «los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas». Los Estados partes, de manera deliberada, no mencionaron como pertinente la voluntad del prisionero de guerra de no ser repatriado, para evitar que los Estados invocaran abusivamente la voluntad de los prisioneros a fin de demorar la repatriación³⁹. No obstante, en la práctica el CICR siempre ha insistido, como condición para su participación, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado⁴⁰. Sin embargo, esta práctica no significa necesariamente que el artículo 118 deba interpretarse en el sentido de que impide que la repatriación de un prisionero de guerra se haga en contra de su voluntad. En el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se señala, en el comentario sobre la norma 128 A, lo siguiente:

Según el IV Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país «donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas» [IV Convenio de Ginebra (1949), art. 45 cuarto párrafo]. Aunque el III Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si la persona desea ser repatriada (o liberada)⁴¹.

17. Esta formulación sugiere que la práctica de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que participa el CICR y en los que esta organización

(Continuación de la nota 31.)

de julio de 1989, *Series A, No. 161*, pág. 40, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, demanda núm. 7275/76, 22 de octubre de 1981, *Series A, No. 45*, párr. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, fallo de 12 de noviembre de 2008, demanda núm. 34503/97, *Reports of Judgments and Decisions 2008-V*, pág. 417, párr. 48; sin embargo, compárese, por contraste con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Gran Sala], demanda núm. 46827/99, fallo de 4 de febrero de 2005, *Reports of Judgments and Decisions 2005-V*, párr. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, demanda núm. 15576/89, fallo de 20 de marzo de 1991, *Series A, No. 201*, pág. 36, párr. 100.

³² Véase la nota precedente; véase además *Marckx v. Belgium*, demanda núm. 6833/74, 13 de junio de 1979, *Series A, N.º 31*, pág. 19, párr. 41; *Jorgic v. Germany*, demanda núm. 74613/01, 12 de julio de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007-III*, pág. 288, párr. 69; *Mazurek v. France*, demanda núm. 34406/97, 1 de febrero de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2000-II*, págs. 38 y 39, párr. 52.

³³ *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* [Gran Sala], demanda núm. 52207/99, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XII*, pág. 332, párr. 62.

³⁴ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de junio de 2002, *Serie C núm. 94*, párr. 12.

³⁵ El acuerdo establece en distintas normas (art. 2; el anexo, secc. 1, párr. 17, secc. 2, párr. 6, secc. 3, párr. 14, y secc. 7, párr. 2) que «las disposiciones pertinentes de la sección 4 de la Parte XI de la Convención se interpretarán y aplicarán de conformidad con este Acuerdo».

³⁶ Art. 4, párr. 2.

³⁷ Véase, por ejemplo, el anexo, secc. 2, párr. 3.

³⁸ Por el contrario, el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 Relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios está abierto a la firma de Estados que no son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 1, párr. 2) y establece, en su artículo 4, que «ninguna disposición en el presente Acuerdo se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención». Sin embargo, dicho Acuerdo también se ha interpretado en el sentido de que precisa las obligaciones generales de cooperar que figuran en los artículos 63, párr. 2, 64 y 117 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (véase Anderson, «The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment», pág. 468).

³⁹ Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, págs. 145 a 156 y 171 a 175; en relación con el deber de repatriar, véase en general Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», págs. 409 y 410.

⁴⁰ Con su participación, el CICR trata así de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto a la voluntad de los prisioneros de guerra (véase Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», págs. 409 y 410).

⁴¹ Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. 1, pág. 514.

ha formulado esa condición. Los Estados han sacado distintas conclusiones de esta práctica del CICR⁴². En un manual de 2004 del Reino Unido se establece lo siguiente:

Una cuestión más controvertida es la de si los prisioneros de guerra *deben* ser repatriados incluso en contra de su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deberían serlo. La política del Reino Unido al respecto es que los prisioneros de guerra no deberían ser repatriados en contra de su voluntad⁴³.

18. Esta particular combinación de las palabras «deben» y «deberían» indica que, al igual que el CICR, el Reino Unido no asienta firmemente su política en lo que sugiere la práctica ulterior, a saber, que debe respetarse siempre la voluntad declarada del prisionero de guerra⁴⁴.

⁴² Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, e información actualizada en línea para Australia, España, Israel y los Países Bajos (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond).

⁴³ Reino Unido, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, págs. 205 y 206, párr. 8.170.

⁴⁴ El manual de los Estados Unidos solo menciona la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos (Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855), pero la práctica de los Estados Unidos después de la segunda guerra del Golfo consistió en dejar que el CICR averiguara la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*).

D. Conclusión

19. Los ejemplos extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados demuestran la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular averiguar si las partes asumen, mediante un acuerdo o práctica, una posición acerca de la interpretación de un tratado o si están motivadas por otras consideraciones. Ello es especialmente necesario en el caso de los denominados memorandos de entendimiento⁴⁵. En última instancia, el fin declarado o discernible de cualquier acuerdo de las partes es decisivo⁴⁶. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

«Proyecto de conclusión 6. Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior»

A fin de determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en los artículos 31, párrafo 3, y 32 es preciso realizar un examen atento, en particular sobre si las partes, mediante un acuerdo o práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones.»

⁴⁵ Véase el capítulo IV, secc. D *infra*.

⁴⁶ Véase también Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», págs. 25 y 26.

CAPÍTULO II

Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

20. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en la interpretación de un tratado en un caso concreto, es decir, en el proceso interactivo que consiste en prestar la debida atención a los diversos medios de interpretación en «una sola operación combinada»⁴⁷. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31, párr. 3, y 32 puede así contribuir a aclarar el sentido de un tratado⁴⁸, al precisar (reducir) los distintos significados posibles de un término o disposición en particular o el alcance de un tratado en su conjunto (seccs. A y B, subsecc. 1 *infra*), o confirmar una interpretación más amplia o cierto margen de discrecionalidad de las partes (seccs. A y B, subsecc. 2 *infra*). La especificidad de una práctica ulterior es a menudo un factor importante para determinar su valor como medio de interpretación en un caso concreto, dependiendo del tratado en cuestión (secc. C *infra*).

⁴⁷ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 12.

⁴⁸ La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión («Se entiende por “declaración interpretativa” una declaración unilateral [...] hecha por [un Estado o una organización internacional] con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones») (*Anuario 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 1; véase también *ibíd.*, párr. 2, comentario de la directriz 1.2, párr. 18).

A. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

21. Los tribunales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el «sentido corriente» de los términos del tratado⁴⁹. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado preliminar alcanzado mediante la interpretación textual inicial (o por otros medios de interpretación)⁵⁰. Si las partes no desean reflejar el sentido corriente de un término, sino un sentido especial, como se prevé en el artículo 31, párr. 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a dilucidar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación, extraídos principalmente de la jurisprudencia de la Corte

⁴⁹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 14; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 8.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 290 (declaración del magistrado *ad hoc* Guillaume).

Internacional de Justicia⁵¹, ilustran el modo en que los acuerdos posteriores y la práctica posterior, como medios de interpretación, pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado a través de su interacción con otros medios en el proceso de interpretación.

1. «SENTIDO CORRIENTE» DE UN TÉRMINO

22. Los acuerdos posteriores y la práctica posterior pueden contribuir a determinar el «sentido corriente» de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles del término. Así ocurrió, por ejemplo⁵², en la opinión consultiva *Nuclear Weapons*, en que la Corte Internacional de Justicia, en relación con los términos «veneno o armas envenenadas», señaló lo siguiente:

En la práctica de los Estados, esos términos se han interpretado en su sentido corriente, 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 que estos se referían a armas nucleares⁵³.

23. Por otro lado, también hay casos en que la variación de la práctica posterior ha impedido precisar el sentido de un término general con arreglo a uno u otro de sus posibles significados⁵⁴. Así, por ejemplo, en el caso *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas [...] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente.

En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión controvertida. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa⁵⁵.

24. Por supuesto, es posible que distintos tipos de práctica contribuyan tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado y en el mismo procedimiento judicial. Un ejemplo bien conocido es la interpretación que hizo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations* sobre los términos «gastos» (interpretación amplia) y «acción» (interpretación restringida) a la luz de la respectiva práctica posterior de la Organización⁵⁶.

⁵¹ El examen de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales conduce al mismo resultado y ofrece más ejemplos; véase Nolte, «Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice», págs. 210 a 306.

⁵² Véase también *Oil Platforms* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 306, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 9.

⁵³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 248, párr. 55.

⁵⁴ *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 25.

⁵⁵ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, fallo, *I.C.J. Reports 1952*, pág. 211.

⁵⁶ *Certain Expenses of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 158 a 161 («gastos») y págs. 164 y 165 («acción»).

2. «TÉRMINOS DEL TRATADO EN EL CONTEXTO DE ESTOS»

25. Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los «términos del tratado en el contexto de estos» (art. 31, párr. 1). Los acuerdos posteriores y la práctica posterior también pueden, al interactuar con este medio concreto de interpretación, contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado⁵⁷. En la opinión consultiva *Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión «ocho [...] países que posean las flotas mercantes más importantes» del artículo 28, apdo. a, de la Convención relativa a la Organización Marítima Internacional. Dado que este concepto de «países que posean las flotas mercantes más importantes» permitía distintas interpretaciones (según el «tonelaje registrado» o según la «titularidad de nacionales»), y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28, apdo. a, la Corte se basó en otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención [...] lleva a la Corte a considerar improbable que, cuando se redactó e incluyó en la Convención este último artículo [artículo 28, apdo. a], se contemplase la posibilidad de emplear un criterio distinto del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes⁵⁸.

26. Más recientemente, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar se basó, de manera similar, en las «mejores prácticas ambientales» previstas en el Reglamento sobre los Sulfuros para interpretar el Reglamento sobre los Nódulos, aprobado con anterioridad⁵⁹.

3. «OBJETO Y FIN»

27. Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párr. 1, concede importancia al «objeto y fin» de un tratado a los efectos de su interpretación, pero no una importancia decisiva⁶⁰. Los acuerdos posteriores y la práctica posterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin del propio tratado⁶¹, o conciliar la invocación del «objeto y fin» de un tratado con otros medios de interpretación.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 87, párr. 40.

⁵⁸ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 169; véase también *ibíd.*, págs. 167 a 169; *obiter dictum: Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, UNRIIAA, vol. XXIII, pág. 99, párr. 141.

⁵⁹ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, opinión consultiva, *ITLOS Reports 2011*, pág. 48, párrs. 136 y 137; véase también Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...», pág. 66.

⁶⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 190 y 198.

⁶¹ *Ibid.*, págs. 191 a 194; véase también *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 31, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 179, párr. 109; 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; Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», pág. 21.

28. En los casos *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*⁶² y *Oil Platforms*⁶³, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. En el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende 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, por tanto, no queda comprendida en el Capítulo VIII de la Carta⁶⁴.

29. Cuando el «objeto y fin» de un tratado parezca estar en contradicción con los objetivos específicos de algunas de sus disposiciones, la práctica ulterior puede ayudar a resolver posibles conflictos⁶⁵. En el caso *Kasikili/Sedudu Island*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que las partes en el Tratado de 1890 «trataban al mismo tiempo de asegurarse la libre navegación por el río y delimitar lo más precisamente posible sus respectivas esferas de influencia»⁶⁶ y, por tanto, resolvió la posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior como medio subsidiario de interpretación (en virtud del artículo 32).

B. Práctica de los Estados

30. La práctica de los Estados fuera del contexto judicial o cuasijudicial confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado reduciendo la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados.

1. REDUCCIÓN DE LA VARIEDAD DE INTERPRETACIONES POSIBLES

31. Si bien los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional no parecen requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté en ruta, la práctica de larga data de los Estados consistente en exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere ese permiso⁶⁷.

⁶² *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 51, párr. 27.

⁶³ *Oil Platforms* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 815, párrs. 27 y 30.

⁶⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 306, párr. 67.

⁶⁵ Véase OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* – AB-1998-4, informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998 (WT/DS58/AB/R), párr. 17 («la mayoría de los tratados no tienen un objeto y fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios»); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 195.

⁶⁶ *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1074, párr. 45.

⁶⁷ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 85; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 215.

32. El término «precauciones factibles» del artículo 57, párr. 2, apdo. a, inc. ii), 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) ha quedado delimitado en el artículo 3, párr. 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II) de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, según el cual «[s]e entiende por “precauciones viables” aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares». Esta especificación se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de «factibilidad» a los efectos del artículo 57 del Protocolo I antes mencionado⁶⁸.

33. Por último, el artículo 31, párr. 4, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece que los medios de transporte de una misión no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución. Si bien ciertas medidas aplicadas por la policía suelen suscitar protestas de los Estados⁶⁹, el remolque de vehículos diplomáticos se ha considerado permisible en la práctica⁷⁰. Esta práctica sugiere que, si bien las medidas punitivas contra los vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser detenidos o remolcados si queda demostrado que son un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad pública⁷¹. Así, el sentido del término «medida de ejecución» y, por tanto, el alcance de la protección otorgada a los medios de transporte ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

34. Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a precisar el sentido de un término

⁶⁸ Por lo que respecta a los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164. y véase la información actualizada en línea para el manual militar de Australia (2006) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); véase también Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, pág. 683, párr. 2202.

⁶⁹ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, págs. 160 y 161; Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, pág. 208, párr. 315; véase también la protesta de las autoridades británicas después de que un agregado de aviación británico y el agregado de las fuerzas armadas canadienses fueran sacados de un vehículo perteneciente a la embajada británica (véase Marston, «United Kingdom materials on international law 1981», pág. 434).

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities.aspx>); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook* (www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); Reino Unido, declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores (*House of Lords Debates*, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc3-4); Estados Unidos, véase AJIL, vol. II (1994), págs. 312 y 313.

⁷¹ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pág. 160; Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, pág. 70.

al reducir los posibles significados de los derechos y obligaciones previstos en un tratado.

2. AMPLIACIÓN DE LA VARIEDAD DE INTERPRETACIONES POSIBLES O APOYO A CIERTO MARGEN DE DISCRECIONALIDAD

35. Dichos acuerdos o prácticas pueden, no obstante, poner de manifiesto también una amplia variedad de interpretaciones aceptables o cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados⁷². El artículo 12 del Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) establece lo siguiente:

Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

36. Aunque el término «será ostentado» sugiere que es obligatorio para los Estados usar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios, la práctica ulterior sugiere que los Estados poseen cierta discrecionalidad al respecto⁷³. Dado que en los últimos años convoyes sanitarios perfectamente reconocibles por ostentar el emblema protector han sido atacados por grupos armados, en ciertas situaciones los Estados se han abstenido de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una pregunta parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales mediante un signo distintivo, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales han decidido, junto con Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el marco de la ISAF⁷⁴.

⁷² Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos; véase Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 30, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Adan*, ex parte *Subaskaran*, ex parte *Aitseguer* (*The Law Reports. Appeal Cases*, 2001, vol. 2, págs. 515 a 517) (Lord Steyn): «Es necesario determinar el significado autónomo de la disposición pertinente del tratado. [...] De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. En principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado. [...] En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido».

⁷³ Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, pág. 1440, párrs. 4742 a 4744; Spieker, «Medical transportation», págs. 54 y 55 párrs. 7 a 12; véase también el uso en la versión en francés del tiempo futuro, menos estricto, «*sera arboré*».

⁷⁴ Parlamento Federal de Alemania, «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in

37. Esa práctica de los Estados confirma la interpretación según la cual el artículo 12 no contiene una obligación de usar el emblema protector en todas las circunstancias⁷⁵ y, por tanto, indica que hay un margen de discrecionalidad para las partes.

38. Una disposición de un tratado que reconozca a los Estados cierto margen de discrecionalidad puede suscitar la cuestión de si ese margen está limitado por el objetivo de la disposición. Según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados habitualmente realizan esas comunicaciones en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que los miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o han cometido otras infracciones graves del derecho del Estado receptor, o han causado considerable irritación política⁷⁶. Sin embargo, muchos Estados también formulan esas declaraciones en circunstancias más triviales, por ejemplo para aplicar su política sobre conducción de vehículos con facultades disminuidas⁷⁷ o cuando los enviados han causado daños graves a un tercero⁷⁸ o cometido infracciones graves o repetidas de la ley⁷⁹. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras, solo por motivos políticos. Los demás Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *personae non gratae* a los miembros de una misión por motivos no relacionados con consideraciones políticas o de naturaleza más grave. Así pues, dicha práctica sugiere que el artículo 9 ofrece un margen de discrecionalidad muy amplio⁸⁰.

Afghanistan», 9 de abril de 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, pág. 2.

⁷⁵ Spieker, «Medical transportation», pág. 55, párr. 12.

⁷⁶ Véase Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, págs. 77 a 88, con más referencias a declaraciones en relación con actividades de espionaje; véase también Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, pág. 484, párr. 630; y Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, pág. 30.

⁷⁷ Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, «Revised Impaired Driving Policy» (http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); Estados Unidos, Departamento de Estado, nota diplomática 10-181, 24 de septiembre de 2010, págs. 8 y 9 (www.state.gov/documents/organization/149985.pdf).

⁷⁸ Países Bajos, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, «Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts» (<http://www.diplomatmagazine.nl/wp-content/uploads/protocol-guide-for-diplomatic-missions-and-consular-posts-january-2013.pdf>).

⁷⁹ Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, «Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations» (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Circular principal, 63552 «Traffic Regulations» 2005/PDGY/63552, 6 de abril de 2005 (www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, «Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London», reproducido en Marston, «United Kingdom materials on international law 1985», pág. 437.

⁸⁰ Véase Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

C. Especificidad de la práctica

39. El valor interpretativo de la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación en un caso concreto depende a menudo de su especificidad respecto del tratado en cuestión⁸¹. Así queda confirmado, por ejemplo, en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, los laudos arbitrales y los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC⁸². El laudo del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Plama v. Bulgaria* es esclarecedor a este respecto:

Es cierto que los tratados entre una de las partes contratantes y Estados terceros pueden tenerse en cuenta para aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que se pasó a ser parte en él. La demandante ha hecho una exposición muy clara y reveladora sobre la práctica de Bulgaria en materia de celebración de tratados de inversiones después de la celebración del tratado bilateral de inversiones entre Bulgaria y Chipre en 1987. En la década de 1990, tras la caída del régimen comunista, Bulgaria empezó a celebrar tratados bilaterales de inversiones con disposiciones sobre solución de controversias mucho más flexibles, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el presente caso, dado que las negociaciones ulteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas partes contratantes no tenían la intención de que la disposición sobre la nación más favorecida tuviera el sentido que, de lo contrario, se podría haber deducido de la práctica ulterior de Bulgaria en materia de tratados. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su tratado bilateral de inversiones en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban específicamente una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias [...]. De esas negociaciones cabe deducir que las propias partes contratantes en el tratado bilateral de inversiones no consideraban que la disposición sobre la nación más favorecida se aplicara a las disposiciones sobre solución de controversias de otros tratados bilaterales de inversiones⁸³.

40. Si bien la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales tienden a dar más valor interpretativo a la práctica ulterior relativamente específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limita por lo general a realizar evaluaciones comparativas amplias y en ocasiones aproximadas de la legislación interna o de las posiciones internacionales adoptadas por los Estados⁸⁴. En este contexto, debe tenerse presente que por lo general los derechos que se reflejan en los tratados

de derechos humanos no están concebidos para ser interpretados y aplicados con autoridad por los órganos del Estado, sino que estos deben más bien incorporar correctamente (dentro del margen de apreciación previsto) las obligaciones convencionales a la legislación, la práctica ejecutiva y los arreglos internacionales de su respectivo Estado. Por este motivo, la existencia de puntos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de un número importante de Estados miembros puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de restringirlo. Además, en ocasiones la naturaleza de ciertos derechos aboga por que se tengan en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en la causa *Rantsev* el Tribunal Europeo sostuvo lo siguiente:

De las disposiciones de estos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados contratantes [...] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata [...]. Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [(prohibición del trabajo forzoso)] debe considerarse en ese contexto más amplio⁸⁵.

41. Asimismo, en la causa *Chapman* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que «puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida»⁸⁶, pero en última instancia afirmó no estar convencido «de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados contratantes consideran deseables en una situación determinada»⁸⁷. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

«Proyecto de conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación»

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31, párrafo 3, y 32 pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado, en particular reduciendo o ampliando la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a las partes.

2. El valor de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación puede depender, entre otros factores, de la especificidad de ese acuerdo o práctica.»

⁸¹ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 91.

⁸² Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 55 y 56, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, UNRIAA, vol. XXV, parte IV, pág. 259, párr. 74; OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, 1 de octubre de 2008; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005, párr. 625.

⁸³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (tratado bilateral de inversiones entre Chipre y Bulgaria) (decisión sobre la competencia), caso CIADI núm. ARB/03/24 (ECT) (8 de febrero de 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm.1 (segundo trimestre de 2005), págs. 323 y 324, párr. 195.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1990, demanda núm. 10843/84, *Series A, N.º 184*, párr. 40; *Tyler v. the United Kingdom*, 25 de abril de 1978, demanda núm. 5856/72, *Series A, N.º 26*, párr. 31; *Norris v. Ireland*, 26 de octubre de 1988, demanda núm. 10581/83, *Series A, N.º 142*, párr. 46. Este proceder ha sido criticado por varios autores: véase, por ejemplo, Carozza, «Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights», págs. 1223 y 1224; Helfer, «Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights», pág. 140.

⁸⁵ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 de enero de 2010, demanda núm. 25965/04, *Reports of Judgments and Decisions, 2010-I*, págs. 121, 122 y 125, párrs. 273, 274 y 285.

⁸⁶ *Chapman v. the United Kingdom* [Gran Sala], 18 de enero de 2001, demanda núm. 27238/95, *ibíd.*, 2001-I, pág. 72, párr. 93.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 94.

CAPÍTULO III

Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo b

42. La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior contemplada en el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, comprende todo «comportamiento» observado en la aplicación de un tratado que puede contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado⁸⁸. Según el tratado en cuestión, esa práctica no solo incluye el comportamiento orientado hacia el exterior, como las votaciones, las declaraciones y los actos oficiales a nivel internacional, sino también los actos legislativos, ejecutivos y judiciales internos y las prácticas de entidades no estatales que estén comprendidas en las formas de aplicación del tratado previstas en él⁸⁹. No es preciso que el comportamiento individual que puede contribuir a la práctica ulterior a que hace referencia el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, satisfaga criterios formales específicos⁹⁰. Queda por responder, no obstante, a la cuestión de si es preciso que la práctica ulterior colectiva por la cual conste el acuerdo de las partes con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, revista alguna forma específica.

A. Formas que podría revestir la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo. b

43. No cabe duda de que una práctica ulterior seguida por todas las partes puede reflejar su acuerdo en cuanto a la interpretación de un tratado. Esa práctica no necesariamente debe consistir en un comportamiento conjunto⁹¹. Un mero comportamiento paralelo puede ser suficiente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando dos Estados otorgan concesiones petroleras por separado de forma que pueda deducirse que, al hacerlo, reconocen tácitamente una determinada frontera en una zona marítima. Así, en el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que las concesiones petroleras «pueden [...] tomarse en cuenta» si «se basan en un acuerdo expreso o tácito entre las partes»⁹². Cuestión distinta es si una actividad paralela de este tipo constituye verdaderamente un acuerdo común suficiente acerca de la interpretación de un tratado en un caso concreto (véase el capítulo IV *infra*)⁹³.

⁸⁸ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párrs. 16 a 19.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, el proyecto de conclusión 5, *ibíd.*, párr. 38; *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, *I.C.J. Reports 2014*, fallo, págs. 39 a 42, párrs. 103 a 111, págs. 45 y 46, párrs. 119 a 122, y pág. 47, párr. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 228 a 230; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», págs. 555 y 556, párr. 78; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...», págs. 54, 56, 59 y 60.

⁹⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 226 y 227; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...», pág. 53.

⁹¹ *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del magistrado Parra-Aranguren).

⁹² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 447, párr. 304.

⁹³ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 737, párr. 258; pero véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 84 y 85, párr. 117, en el que la Corte Internacional de Justicia reconoció las concesiones otorgadas por las partes litigantes como prueba de su

B. Densidad y uniformidad de la práctica ulterior

44. La Comisión señaló que «si el concepto de práctica ulterior [...] se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de “práctica ulterior” [...] (en virtud del artículo 32)»⁹⁴. Esa afirmación, sin embargo, no da respuesta a la cuestión de si la «práctica ulterior» mencionada en el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*⁹⁵, requiere que el tratado se aplique más de una vez para que pueda considerarse fuente de acuerdo entre las partes acerca de su interpretación. El Órgano de Apelación de la OMC ha establecido un criterio bastante exigente en este sentido en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, al afirmar que:

[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 lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación⁹⁶.

45. De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, requiere no solo un «acto o declaración» acerca de la interpretación de un tratado, sino también un comportamiento de una frecuencia y uniformidad tal que justifique concluir que existe entre las partes un acuerdo establecido y confirmado reiteradamente respecto a la interpretación del tratado. Se trata de un umbral bastante elevado que supondría que la práctica ulterior del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, no hace referencia simplemente a una práctica ulterior que permita determinar que se está en presencia de cualquier acuerdo, sino que exige más bien una práctica colectiva especialmente amplia, asentada y específica en su forma para poder considerar que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación.

46. La Corte Internacional de Justicia, por su parte, no ha formulado una definición tan abstracta de la práctica ulterior como actividad colectiva en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, sino que ha aplicado esta disposición con flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo emblemático *Kasikili/Sedudu Island*, en el que la Corte confirmó su jurisprudencia en la materia⁹⁷. Otros tribunales internacionales han seguido también, en la mayoría de los casos, el criterio flexible de la Corte respecto al umbral de aplicación del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*. Tal es el caso

acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 3.

⁹⁴ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 35.

⁹⁵ *ibíd.*, párr. 38, proyecto de conclusión 4, párr. 2.

⁹⁶ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, pág. 16.

⁹⁷ *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁹⁸ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁹, en tanto que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar¹⁰⁰ y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰¹ al menos no han adoptado el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. Los tribunales arbitrales del CIADI han pronunciado laudos divergentes¹⁰².

47. Al efectuar un análisis más detenido, se observa que la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC y en diversos laudos del CIADI, por un lado, y el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, por el otro, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula «concordante, común y coherente» de un texto de Sinclair¹⁰³, quien, a su vez, se basó en una fórmula similar en francés de Yasseen, antiguo miembro de la Comisión¹⁰⁴. Sinclair, sin embargo, no sostuvo categóricamente que, para satisfacer los requisitos del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, la práctica ulterior debía ser «concordante, común y coherente», sino que afirmó que «el valor* de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente»¹⁰⁵. Esto parece indicar que la fórmula «concordante, común y coherente» no se utilizó

originalmente para establecer un umbral formal para aplicar el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, sino más bien como orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior mencionada en ese artículo tendría mayor o menor valor como medio de interpretación en el proceso de interpretación¹⁰⁶. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido, en una situación análoga, precisamente a esta perspectiva matizada al afirmar lo siguiente:

La finalidad de la interpretación de los tratados es determinar la intención *común* de las partes en el tratado. Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes¹⁰⁷.

48. Se sugiere así que la fórmula «concordante, común y coherente» no establece un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*; más bien, en la medida en que la práctica ulterior sea «concordante, común y coherente» podrá observarse un «modelo discernible» del que inferir la existencia de un acuerdo entre las partes que deba entonces «ser tenid[o] en cuenta a efectos de la interpretación del tratado»¹⁰⁸. Por consiguiente, la Comisión ha llegado a la conclusión de que «[e]l valor de la práctica posterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»¹⁰⁹. Que el Órgano de Apelación de la OMC haya formulado en ocasiones una definición más exigente podría deberse al carácter específico de los acuerdos de la OMC y a su funcionamiento, en lugar de a una postura sopesada en cuanto a los requisitos previstos en el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, aplicables a otros tratados. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

Proyecto de conclusión 8. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3, apartado b

La práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3, apartado *b*, puede adoptar diversas formas y debe reflejar el acuerdo común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Su valor como medio de interpretación dependerá de la medida en que dicha práctica sea concordante, común y coherente.

⁹⁸ Laudo interlocutorio núm. ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38, págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

⁹⁹ *Soering* (nota 31 *supra*), párr. 103; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), 23 de marzo de 1995, demanda N.º 15318/89, *Series A*, N.º 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Banković* (nota 33 *supra*), párrs. 56 y 62.

¹⁰⁰ *The M/V «SAIGA» (N.º 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, fallo, *ITLOS Reports 1999*, págs. 61 y 62, en esp. párrs. 155 y 156.

¹⁰¹ *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd y otros*, sentencia, 5 de julio de 1994, asunto C-432/92, *Recopilación de la Jurisprudencia 1994*, pág. I-3087, en esp. párrs. 43, 46 y 50 a 54; *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, sentencia, 30 de noviembre de 1977, asunto C-52/77, *ibíd.*, 1977, pág. 2261, en esp. párr. 18.

¹⁰² *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina* (Tratado entre la Argentina y los Estados Unidos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) (procedimiento de anulación), decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo, caso CIADI núm. ARB/01/3, 7 de octubre de 2008, pág. 38, párr. 70; *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y Sri Lanka), laudo y voto particular concurrente, caso CIADI núm. ARB/00/2, 15 de marzo de 2002, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 317, párr. 33; *National Grid plc c. República Argentina* (tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina), decisión sobre competencia (bajo el reglamento de la CNUDMI), 20 de junio de 2006, págs. 28 y 29, párrs. 84 y 85; Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», pág. 345; véase también Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», págs. 207 a 215.

¹⁰³ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 137.

¹⁰⁴ Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», págs. 48 y 49; mientras que el término «*commune*» ha sido tomado de la labor de la Comisión, «*d'une certaine constance*» y «*concordante*» son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y pág. 243, párr. 15 del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28.

¹⁰⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 137; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio N.º ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), pág. 118, párr. 114.

¹⁰⁶ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, UNRIAA, vol. XXI, parte II, pág. 187, párr. 169; Cot, «La conduite subséquente des parties a un traité», págs. 644 a 647 («valor probatorio»); Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», pág. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 556, párr. 79; véanse también los alegatos orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, párrs. 7 a 19 (Wood), y CR 2012/36, párrs. 6 a 21 (Wordsworth). Disponible en <https://www.icj-cij.org/en/case/137>.

¹⁰⁷ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 93.

¹⁰⁸ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 14 del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28; confirmado en *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1076, párr. 49; véase también Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», pág. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 218 y 239 a 241.

¹⁰⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15 del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28; Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», pág. 652.

CAPÍTULO IV

Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

49. El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párr. 3, apdos *a* y *b*, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32¹¹⁰, es el «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación del tratado en cuestión. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párr. 3¹¹¹, su valor y función específicos en el proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31¹¹².

A. Existencia y alcance del acuerdo

50. Las posturas divergentes expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el tribunal arbitral en el caso *German External Debts*, el cual determinó que no podía deducirse la existencia de un «acuerdo ulterior tácito» a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente¹¹³.

51. No obstante, la falta de acuerdo se circunscribe a la desavenencia en sí y mientras esta exista. El alcance y formación de todo acuerdo debe dilucidarse con determinación (véase el capítulo I *supra*)¹¹⁴. Que los Estados difieran en la forma en que aplican los tratados no permite, en sí, arribar a ninguna conclusión respecto al valor jurídico de esa divergencia. Dicha diferencia puede reflejar discrepancias respecto a la única interpretación correcta, pero también una coincidencia de pareceres en el sentido

¹¹⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario al proyecto de conclusión 4, párr. 16.

¹¹¹ Véase Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 30: «No hay motivo alguno para pensar que la palabra “acuerdo” en el apartado *b* tiene un significado diferente del recogido en el apartado *a*».

¹¹² Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15; en el comentario a los proyectos de artículos 27 y 28 la Comisión señala que el artículo 31 debe ser «interpretado en su conjunto» (párr. 9), concibe el proceso de interpretación como «una sola operación combinada» (párr. 8) y no «estable[ce] una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados» (párr. 9) (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 241).

¹¹³ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, laudo de 16 de mayo de 1980, UNRIAA, vol. XIX, parte III, págs. 103 y 104, párr. 31; véase también OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 22 de junio de 1998, párr. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, decisión de 14 de febrero de 1985, UNRIAA, vol. XIX, parte IV, pág. 175, párr. 66; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd y otros*, *Recopilación de la Jurisprudencia 1994*, pág. I-3087, párrs. 50 y 51.

¹¹⁴ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 40, párr. 99.

de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación¹¹⁵. Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, tienen presuntamente por objeto lograr una interpretación uniforme, en la medida en que establecen obligaciones mínimas y limitan el margen de discrecionalidad de los Estados.

52. Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que se está en presencia de un acuerdo¹¹⁶, en ocasiones los tribunales internacionales han reconocido la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación en virtud del artículo 31, párr. 3, pese a observar ciertos indicios en sentido contrario. Por lo tanto, no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente al comportamiento de dicho Estado una ambigüedad tal que impida determinar que se está en presencia de un acuerdo. En el caso *Beagle Channel*, por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que el hecho de que las partes hubieran celebrado negociaciones y manifestado posteriormente diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado no necesariamente bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podrían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del tratado, en la medida en que esos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. Esto es lo máximo que podría ocurrir¹¹⁷.

En el mismo caso, el tribunal arbitral estimó que:

La mera publicación de una serie de mapas de valor y mérito sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto a los derechos que le confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al tratado¹¹⁸.

53. Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en la causa *Loizidou* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto «confirmados por la práctica ulterior de las partes contratantes», es decir, por «la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes según el cual los artículos 25 y 46 [...] del Convenio no permiten que se impongan restricciones territoriales o

¹¹⁵ Véase el capítulo II *supra*.

¹¹⁶ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, UNRIAA, vol. XXV, parte IV, pág. 258, párr. 70; Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», pág. 16.

¹¹⁷ *Beagle Channel* (nota 106 *supra*), UNRIAA, vol. XXI, parte II, pág. 188, párr. 171.

¹¹⁸ *Ibíd.*

sustantivas»¹¹⁹. El Tribunal calificó «esa práctica de los Estados» de «uniforme y coherente», pese a reconocer también que podía darse una excepción en el caso de dos Estados en particular¹²⁰. Esta decisión es digna de mención debido a que el Tribunal, contrariamente a su habitual razonamiento, invocó y aplicó expresamente el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*¹²¹. La decisión parece indicar que existe cierto margen de apreciación al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes en cuanto a una interpretación en particular¹²².

B. El «acuerdo» a que se hace referencia en el artículo 31, párr. 3, puede ser informal

54. El término «acuerdo» en la Convención de Viena de 1969¹²³, y su uso en el derecho internacional consuetudinario de los tratados, no implica un grado de formalidad determinado¹²⁴. En efecto, la Convención de Viena no prevé ningún requisito de forma para los «acuerdos» en virtud del artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*¹²⁵. No obstante, la Comisión, a fin de distinguir entre un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, y una práctica ulterior por la cual «conste el acuerdo de las partes» con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un «acto común único»¹²⁶. Más allá de este grado mínimo de formalidad para el medio de interpretación mencionado específicamente en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, basta con que se pueda determinar que se está en presencia de un acuerdo de las partes. No es preciso que dicho acuerdo se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas¹²⁷.

¹¹⁹ *Loizidou* (nota 99 *supra*), párrs. 79 y 80.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 82.

¹²¹ La causa no se refería a la interpretación de un derecho humano en particular, sino más bien a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto a cumplir el Convenio.

¹²² La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente; véase OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping («reducción a cero»)*, WT/DS294/R, 31 de octubre de 2005, párr. 7.218: «aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [una determinada] práctica [...], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. [...] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas».

¹²³ Véanse los artículos 2, párr. 1, apdo. *a*; 3; 24, párr. 2; 39 a 41; 58 y 60.

¹²⁴ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», pág. 45; Distéfano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», pág. 47.

¹²⁵ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 208, 209 y 216 a 220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 554, párr. 75.

¹²⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10; un «acto común único» también puede consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v Germany)*, 29 de junio de 1990, ILR, vol. 105, págs. 54 a 56; Fox, «Article 31 (3) (a) and (a) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island Case*», pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 220 y 221.

¹²⁷ Aust, «The theory and practice of informal international instruments», págs. 789 y 790.

C. Conocimiento por las partes de su acuerdo

55. Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31, párr. 3, no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado; las partes deben también saber que comparten la misma postura. Por ello, en el caso *Kasikili/Sedudu Island* la Corte Internacional de Justicia determinó que para que existiera una práctica en los términos del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, era necesario «que las autoridades [...] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el tratado»¹²⁸. En efecto, solo el conocimiento de la postura de las otras partes acerca de la interpretación de un tratado justifica que se considere al acuerdo previsto en el artículo 31, párr. 3, como un medio «auténtico» de interpretación¹²⁹. No obstante, es posible que el conocimiento de la postura de la otra parte o las otras partes se presuma, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional sin un mecanismo común de supervisión.

D. El acuerdo mencionado en el artículo 31, párr. 3, no necesariamente debe ser jurídicamente vinculante en sí mismo

56. Un «acuerdo» en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, no necesariamente debe ser vinculante¹³⁰. Se aplica igual criterio, *a fortiori*, a la práctica ulterior a que hace referencia el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*. Así lo confirma la Comisión en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión «toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo* [(*understanding*)] de las partes»¹³¹. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados sustituyó «*understanding*» (acuerdo) por «*agreement*» (acuerdo) en la versión inglesa no por motivos sustantivos, sino únicamente de redacción, a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su «común» acuerdo¹³². El término «*understanding*» parece indicar que el uso de la palabra «*agreement*» en

¹²⁸ *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1094, párr. 74 («ocupación de la Isla por la tribu masubia»), y pág. 1077, párr. 55 («informe Eason», el cual «al parecer nunca fue remitido a Alemania»); Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 560, párr. 88.

¹²⁹ En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazourne, «Subsequent practice...», págs. 53 a 55.

¹³⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6; esto significa que un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, no surte necesariamente el mismo efecto jurídico que el tratado al que corresponde; en *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1091, párr. 68, la Corte Internacional de Justicia dio a entender que una de las partes no consideraba que ciertos tipos de cooperación práctica fueran jurídicamente pertinentes en relación con la cuestión de la frontera en disputa y, por lo tanto, no aceptó la postura opuesta de la parte contraria.

¹³¹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15 del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28.

¹³² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, pág. 186, en especial párr. 60 (véase la nota 14 *supra*); Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États».

el artículo 31, párr. 3¹³³ no exige que las partes asuman o creen una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este¹³⁴. Basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, atribuyan un determinado sentido al tratado¹³⁵ o, en otras palabras, adopten un cierto «acuerdo» («*understanding*») al respecto¹³⁶. Aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*, pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación de conformidad con el artículo 31¹³⁷.

57. Esta interpretación del término «acuerdo» en el artículo 31, párr. 3, ha sido confirmada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que no han exigido que el «acuerdo» a que alude el artículo 31, párr. 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes (han hablado, por ejemplo, de «un modelo [...] que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación»¹³⁸, una «[pauta común que implique] un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición respectiva»¹³⁹, una «práctica [que] refleje un acuerdo en cuanto a la interpretación»¹⁴⁰ o que «la práctica seguida por los Estados muestre una falta de aprensión por parte de los Estados contratantes»¹⁴¹). Del mismo modo, en ocasiones los memorandos de entendimiento han sido reconocidos por su «contribución potencialmente importante a la interpretación», pero

¹³³ Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 30: «No hay motivo alguno para pensar que la palabra “acuerdo” en el apartado *b* tiene un significado diferente del recogido en el apartado *a*»; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, págs. 169 a 171.

¹³⁴ *Beagle Channel* (nota 106 *supra*), UNRIAA, vol. XXI, parte II, pág. 187, párr. 169; *Young Loan Arbitration on German External Debts* (nota 113 *supra*) (véase también ILR vol. 59 (1980), págs. 540 y 541, párr. 31); Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 190 a 195; Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, págs. 169 a 171.

¹³⁵ Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2. (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados elaborada por la Comisión (véase *Anuario 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 2, párrs. 18 y 19 del comentario).

¹³⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 243 y 244, párrs. 15 y 16 del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28 (utiliza el término «*understanding*» en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párr. 3, apdo. *a* como del apdo. *b*).

¹³⁷ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, UNRIAA, vol. XXIV, pág. 131, párr. 6.7; Aust, «The theory and practice of informal international instruments», págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, pág. 173; Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment»; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», pág. 434.

¹³⁸ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, secc. E, pág. 16.

¹³⁹ OMC, informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R y WT/DS377/R, 16 de agosto de 2010, párr. 7.558.

¹⁴⁰ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio N.º ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), pág. 119, párr. 116.

¹⁴¹ *Banković* (nota 33 *supra*), párr. 62.

«no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes»¹⁴². De hecho, si las partes concluyen un acuerdo jurídicamente vinculante acerca de la interpretación de un tratado, se plantea entonces la cuestión de si se pretende que dicho acuerdo sea un medio de interpretación más entre otros tantos¹⁴³ o si primaría sobre el tratado, al igual que los acuerdos por los cuales se enmienda un tratado previstos en el artículo 39 (véase el capítulo V, secc. C.2 *infra*).

E. El silencio como posible elemento de un acuerdo en virtud del artículo 31, párr. 3

58. Si bien es posible que un «acuerdo» en virtud del artículo 31, párr. 3, no sea formal ni necesariamente vinculante, debe ser posible determinar que se está en presencia de dicho acuerdo para considerar que «consta». Aunque este requisito solo se menciona expresamente en relación con la práctica ulterior del artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, es también una condición tácita en el caso de un «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, que debe reflejarse en un «acto común único»¹⁴⁴. Por lo tanto, no puede inferirse la existencia de un «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, a partir del mero silencio de las partes.

59. Por otro lado, la Comisión ha reconocido que un «acuerdo» que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, puede ser producto, en parte, del silencio o la omisión. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión «el acuerdo [(*understanding*)] de las partes» en el proyecto de artículo 27, párr. 3, apdo. *b* (que posteriormente pasó a ser «*agreement*» (acuerdo) en el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*), y no la expresión «el acuerdo de todas las partes», la Comisión señaló que

la expresión «el acuerdo de las partes» se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra «todas» simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado¹⁴⁵.

60. La Comisión, pues, entendió que no era preciso que todas las partes hubieran seguido una práctica determinada, sino que dicha práctica, de ser «aceptada» por las partes que no la seguían, permitía considerar que existía un acuerdo suficiente acerca de la interpretación del tratado. Las decisiones de los tribunales internacionales dictadas antes y después de la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados confirman que dicha aceptación puede derivarse del silencio o la omisión¹⁴⁶.

¹⁴² *Heathrow Airport User Charges* (nota 137 *supra*), UNRIAA, vol. XXIV, pág. 131, párr. 6.7; véase también el laudo pronunciado en el caso *Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, *ibid.*, vol. XXVII, parte II, pág. 98, párr. 157.

¹⁴³ Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», págs. 31 a 33; véase, por ejemplo, *Heathrow Airport User Charges* (nota 137 *supra*), UNRIAA, vol. XXIV, pág. 131, párr. 6.8.

¹⁴⁴ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10.

¹⁴⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 243, párr. 15 *in fine* del comentario a los proyectos de artículos 27 y 28.

¹⁴⁶ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados*

1. JURISPRUDENCIA DE LOS
TRIBUNALES INTERNACIONALES

61. En el caso *Temple of Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la omisión, al afirmar que, cuando era «evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable», se debía considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había «dado su asentimiento»¹⁴⁷.

62. La práctica en cuestión en el caso *Temple of Preah Vihear* no solo podía haber supuesto una simple interpretación de un tratado, sino quizá incluso la modificación de un tratado de fronteras. Sin embargo, independientemente de si la práctica ulterior de las partes puede modificar un tratado (véase el capítulo VI *infra*), el planteamiento general de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores¹⁴⁸ y por la doctrina¹⁴⁹ en general. Las «circunstancias» que «exigen una reacción» incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado¹⁵⁰.

63. El tribunal arbitral en el caso *Beagle Channel*¹⁵¹ abordó la cuestión de la posible importancia del silencio para inferir la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación. En este caso, el tribunal examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior

pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el tribunal afirmó que:

Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un acuerdo. En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción¹⁵².

64. La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que:

Algunas de esas actividades (la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia) podían considerarse normalmente actos de soberanía. Sin embargo, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria¹⁵³.

65. Este fallo parece indicar que, en los casos relativos a tratados que establezcan una frontera delimitada, las circunstancias exigen una reacción solo en casos muy excepcionales. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio no constituye aceptación de una práctica¹⁵⁴. Por ello, se ha planteado la pregunta de si fue acertada la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Temple of Preah Vihear* según la cual las circunstancias específicas del caso exigían una reacción

congelados, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 259.

¹⁴⁷ *Temple of Preah Vihear* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports* 1962, párr. 23.

¹⁴⁸ Véase también *Oil Platforms* (excepción preliminar), fallo, *I.C.J. Reports* 1996, párr. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports* 1984, párr. 410, párr. 39; Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Furundžija*, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, párr. 179; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Rantsev* (nota 85 *supra*), párr. 285; con prudencia: OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R y WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo 30163, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Iran-USCTR (1983), vol. 2, párr. 144; *Young Loan Arbitration on German External Debts* (nota 113 *supra*), UNRIAA, párr. 67 (véase también ILR vol. 59 (1980), págs. 540 y 541, párr. 31).

¹⁴⁹ Kamto, «La volonté de l'État en droit international», págs. 134 a 141; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», párr. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation*, párr. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, párr. 431, párr. 22; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», págs. 557 y 559, párrs. 83 y 86.

¹⁵⁰ Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2011, págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto, «La volonté de l'État en droit international», párr. 136.

¹⁵¹ *Beagle Channel* (nota 106 *supra*), UNRIAA, vol. XXI, parte II, párr. 53.

¹⁵² *Ibid.*, en especial párr. 187, párr. 169, apdo. a.

¹⁵³ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2002, párr. 352, párr. 67.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 351, párr. 64: «Sin embargo, la Corte observa que, dado que ha llegado a la conclusión de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada [...], de ello se desprende necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser consideradas, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, como actos *contra legem*»; *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports* 1986, párr. 586, párr. 63: «Debe, no obstante, indicarse de inmediato, en términos generales, cuál es la relación jurídica que existe entre dichos actos y los títulos en que se funda la aplicación del principio *uti possidetis*. Con este fin, se debe hacer una distinción: [...] Cuando el acto no se ajusta a derecho, cuando el territorio en disputa esté efectivamente administrado por un Estado distinto del que posee el título jurídico, se debe dar preferencia al poseedor del título. Cuando el ejercicio efectivo no coexista con ningún título jurídico, se debe tener siempre en cuenta dicho ejercicio. Por último, en algunos casos el título jurídico no permite mostrar exactamente la extensión territorial a la que se refiere. En este caso, el ejercicio efectivo puede desempeñar una función fundamental a fin de demostrar cómo se interpreta el título en la práctica»; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, UNRIAA, vol. XX, parte II (opinión disidente del magistrado Bedjaoui), párr. 181, párr. 70: «Sin embargo, no puedo coincidir con el voto particular concurrente del magistrado Ago en el caso *Continental Shelf* entre Túnez y Libia de 1982, que consideró que la reglamentación adoptada el 16 de abril de 1919 por el Gobierno de Italia en Tripolitania y Cirenaica había delimitado la frontera marítima entre Túnez y Libia por el mero hecho de que Túnez no la había objetado. Cuando la cuestión se refiere a una frontera, sea esta marítima o terrestre, reconocida oficialmente como tal, los requisitos deben ser necesariamente más estrictos debido a la importancia política de la operación. En todo caso, el establecimiento de una frontera debe ser el resultado de un acuerdo y no debe basarse en el frágil elemento de la falta de oposición de una de las partes».

por parte de Tailandia¹⁵⁵. No obstante, este aspecto no pone en entredicho el criterio general enunciado por la Corte respecto al valor del silencio.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

66. Si bien la correcta aplicación del criterio jurídico general relativo al valor del silencio a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, pueden inferirse algunos criterios generales de las decisiones de los tribunales internacionales. Estas decisiones demuestran que no es fácil que una aceptación mediante silencio u omisión se traduzca en un acuerdo común, incluso fuera del ámbito de los tratados de fronteras.

67. La práctica ulterior de una de las partes que no es conocida por la otra parte no puede ser fuente de un acuerdo común derivado del silencio de esa otra parte (véase la secc. C *supra*). No obstante, se plantea la cuestión de en qué circunstancias cabe esperar que otro Estado tome nota y reaccione ante un comportamiento que no le ha sido comunicado, pero del que podría tener conocimiento de alguna manera, en particular por ser de dominio público. Los procesos y documentos parlamentarios internos, por ejemplo, suelen ser de dominio público aunque en su mayor parte no se comuniquen a las otras partes en el tratado. Los tribunales internacionales se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias judiciales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31, párr. 3, apdo. b, ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático¹⁵⁶.

68. Aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, exprese cierta postura respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En el caso *Kasikili/Sedudu Island*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la misión de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido,

¹⁵⁵ Véase *Temple of Preah Vihear* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1962*, opinión disidente del magistrado Spender, pág. 128: «Al determinar qué puede o debe deducirse del silencio y la ausencia de protesta de Tailandia, considero que se ha de tener en cuenta el período en el que ocurrieron los hechos en cuestión, la región del mundo en que se produjeron, las condiciones generales que imperaban en Asia en ese período, las actividades políticas y de otro tipo de los países occidentales en Asia en ese momento y el hecho de que uno de los Estados interesados era asiático y el otro, europeo. Creo que no sería justo aplicar al comportamiento de Siam en ese período unos criterios objetivos comparables con los que se podrían aplicar hoy o se podrían haber aplicado razonablemente en ese entonces a los Estados europeos muy desarrollados»; véase también Chan, «Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited», pág. 439; Kelly, «*The Temple Case* in historical perspective», pág. 471.

¹⁵⁶ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 650 y 651, párr. 48; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (nota 148 *supra*), párr. 334 («el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación»).

no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia¹⁵⁷. El motivo fue que las partes en esta causa en particular habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC sostuvo que:

en determinadas situaciones específicas, la «falta de reacción» o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella¹⁵⁸.

69. Este criterio, que hace hincapié en la «notificación o [en] haber participado en un foro», es de utilidad como regla general. Sin embargo, las condiciones que determinan el valor del silencio pueden diferir según el tratado¹⁵⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, suele basarse en la práctica ulterior para determinar si existe «consenso», una «vasta mayoría», una «gran mayoría», «normas de reconocimiento general» o una «tendencia clara»¹⁶⁰, sin pretender aplicar a esa práctica la condición relativa al acuerdo prevista en el artículo 31, párr. 3, apdo. b. Tal vez este es el motivo por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, prácticamente nunca ha examinado abiertamente los efectos del silencio o la aquiescencia de ciertos Estados partes al determinar el valor de una práctica concreta con fines de interpretación.

70. El posible valor jurídico del silencio ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la preclusión o la prescripción¹⁶¹.

F. Práctica ulterior por la que consta un acuerdo sobre la inaplicación temporal de un tratado o sobre un mero arreglo práctico

71. Una práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede también poner de manifiesto un acuerdo para no aplicar un tratado temporalmente o un acuerdo sobre un arreglo práctico (*modus vivendi*). Los ejemplos que se presentan a continuación

¹⁵⁷ *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

¹⁵⁸ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (nota 148 *supra*), párr. 272.

¹⁵⁹ Los tratados por los que se crean organizaciones internacionales se abordarán con más detalle en una fase posterior del examen del tema.

¹⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Rantsev* (nota 85 *supra*), párr. 285; *Jorgic* (nota 32 *supra*), párr. 69; *Demir and Baykara* (nota 31 *supra*), párr. 52; *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 de junio de 1993, demanda núm. 16130/90, *Series A, N.º 264*, párr. 35; *A. v. the United Kingdom*, 17 de diciembre de 2002, demanda N.º 35373/97, *Reports of Judgments and Decisions, 2002-X*, párr. 83; *Mazurek* (nota 32 *supra*), párr. 52.

¹⁶¹ *Certain Expenses of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 130 y 131 (opinión disidente del magistrado Spender).

confirman esta tesis: el artículo 7 del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña establecía que «[s]e adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones [...]. La bandera [...] llevar[á] cruz roja en fondo blanco». Durante la guerra ruso-turca de 1876-1878, el Imperio otomano manifestó que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para identificar sus propias ambulancias y que respetaría el emblema de la cruz roja de las ambulancias del enemigo, y declaró que «hasta el presente, Turquía se había visto paralizada en el ejercicio de los derechos derivados del Convenio por la naturaleza misma del signo distintivo del Convenio, que hería las susceptibilidades del soldado musulmán»¹⁶². Esta declaración dio lugar a un intercambio de correspondencia entre el Imperio otomano, Suiza (en su calidad de depositario) y las demás partes que desembocó en la aceptación de la media luna roja únicamente mientras se prolongara el conflicto¹⁶³. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y en la Conferencia de Revisión celebrada en Ginebra en 1906, el Imperio otomano, Persia y Siam pidieron, infructuosamente, que la media luna roja, el león y el sol rojos y la llama roja se incluyeran en el Convenio¹⁶⁴. El Imperio otomano y Persia lograron al menos que se aceptaran las reservas que formularon en ese sentido en 1906¹⁶⁵. Recién en 1929, durante la revisión de los Convenios de Ginebra, cuando Turquía, Persia y Egipto adujeron que el uso de otros emblemas era ya un hecho consumado y no había suscitado objeción alguna¹⁶⁶, se reconocieron finalmente la media luna roja y el león y el sol rojos como signos distintivos en el artículo 19, párr. 2, del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1929. Este reconocimiento, primero mediante la aceptación de las reservas formuladas por el Imperio otomano y Persia en 1906, y posteriormente a través del artículo 19, párr. 2, del Convenio de Ginebra de 1929, no significaba, sin embargo, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido modificado antes de 1906 por una práctica ulterior a la que nadie se había opuesto. Se consideró más bien, hasta 1906, que la práctica del Imperio otomano y Persia no estaba contemplada en el Convenio de 1864, pero se la aceptó como medida temporal y excepcional que no modificaba la obligación general recogida en el tratado.

72. Las partes también pueden convenir posteriormente, ya sea de manera expresa o a través de su comportamiento, dejar abierta la cuestión de la correcta interpretación de un tratado y establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*) que pueda ser impugnado por vía judicial o cuasijudicial

¹⁶² *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, núm. 29, enero de 1877, pág. 36, citado en Bugnion, *Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo*, pág. 10, nota 16.

¹⁶³ *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, núm. 31, julio de 1877, pág. 89, citado en Bugnion, *Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo*, pág. 10, nota 17. Véase también Bugnion, «El emblema de la Cruz Roja. Reseña Histórica».

¹⁶⁴ Bugnion, *Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo*, pág. 11.

¹⁶⁵ A las que se sumó Egipto tras su adhesión en 1923 (véase *ibíd.*, pág. 12).

¹⁶⁶ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, págs. 248 y 249, citado en Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, pág. 13, nota 21.

o por otros Estados partes¹⁶⁷. Un ejemplo de arreglo práctico de este tipo es el memorando de entendimiento entre la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América sobre los Servicios de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011¹⁶⁸. Este memorando no hace referencia al tercer Estado parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Canadá, y específica que se celebra «sin perjuicio de los derechos y las obligaciones de [los Estados Unidos de América] y México en el marco del TLCAN»¹⁶⁹. De estas circunstancias se desprende que el memorando no pretende ser un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en los términos del artículo 31, párr. 3, apdos. *a* o *b*, sino que se trata únicamente de un arreglo práctico que puede ser impugnado por otras partes o por vía judicial o cuasijudicial.

G. Modificación o rescisión de un acuerdo acerca de la interpretación mencionado en el artículo 31, párr. 3, apdos. *a* o *b*

73. El acuerdo que conste entre las partes en virtud del artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*, puede, en algún momento, llegar a su fin. Una posibilidad es que las partes lo sustituyan por otro acuerdo de diferente alcance o contenido acerca de la interpretación del tratado. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir de la fecha de su existencia, al menos con efectos a futuro¹⁷⁰.

74. También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado luego de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. Sin embargo, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior original, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común¹⁷¹. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto a una práctica ulterior previamente acordada «sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento», sin no obstante quitarle importancia a la práctica común

¹⁶⁷ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 32.

¹⁶⁸ Crook, «Contemporary Practice of the United States», págs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), «Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América».

¹⁶⁹ Art. 2, párr. 1; véase también Crook, «Contemporary practice of the United States», pág. 811.

¹⁷⁰ Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo en los términos del artículo 31, párr. 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen en «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», pág. 47.

¹⁷¹ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pág. 151.

anterior¹⁷². El acuerdo real de las partes en el momento de la interpretación del tratado posee, sin duda, el mayor valor en virtud del artículo 31, párr. 3¹⁷³.

75. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

«Proyecto de conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado»

1. No es preciso que un acuerdo mencionado en el artículo 31, párrafo 3, apartados *a* y *b*, revista una forma en particular ni que sea vinculante en sí mismo.

¹⁷² *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 56, párr. 142.

¹⁷³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 152 y 153.

2. Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3, apartado *b*, requiere una coincidencia de pareceres conocida por las partes acerca de la interpretación del tratado. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que pueda considerarse que consta un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3, apartado *b*, puede variar. Cuando las circunstancias requieran algún tipo de reacción, el silencio de una o más partes puede equivaler a una aceptación de la práctica ulterior.

3. Un acuerdo o práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede reflejar un acuerdo para no aplicar temporalmente el tratado o para establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).»

CAPÍTULO V

Decisiones adoptadas en el marco de las conferencias de los Estados partes

76. Los Estados utilizan las conferencias de los Estados partes¹⁷⁴ como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales¹⁷⁵.

A. Formas de las conferencias de los Estados partes

77. La naturaleza jurídica de las conferencias de los Estados partes es algo debatida. Para algunos, una conferencia de esas características «en el fondo no es más que una conferencia diplomática de los Estados»¹⁷⁶. Otros comentaristas consideran que se tratan de arreglos institucionales autónomos¹⁷⁷. De todos modos, se puede decir que las conferencias de los Estados partes reflejan diferentes grados de institucionalización. En un extremo del espectro se encuentran las que son órganos de una organización internacional (por ejemplo, las de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, la OMC y la OACI) y en la que los Estados partes actúan en su calidad de miembros de ese órgano¹⁷⁸. Esas conferencias de los Estados

partes no han sido abordadas en el presente informe, que no se refiere a la práctica ulterior de las organizaciones internacionales¹⁷⁹. En el otro extremo del espectro figuran las conferencias de los Estados partes previstas en los tratados en los que se establece la celebración de reuniones más o menos periódicas de Estados partes para el examen de esos instrumentos. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y su comportamiento ulterior en relación con el tratado. También pueden tener asignadas funciones concretas relacionadas con la enmienda o la adaptación de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la conferencia de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción¹⁸⁰, la conferencia de examen del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares¹⁸¹, y la conferencia de los Estados Partes establecida por los tratados internacionales sobre el medio ambiente¹⁸². Aunque en estas últimas suele haber un mayor grado de institucionalización que en las conferencias periódicas

¹⁷⁴ También se las conoce como reuniones de las Partes o asambleas de los Estados partes.

¹⁷⁵ Véase Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», pág. 605; Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», pág. 623; Brunnée, «Coping with consent: law-making under multilateral environmental agreements», pág. 1; Wiersema, «The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements», pág. 231; Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», pág. 293.

¹⁷⁶ Boyle, «Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions», pág. 235.

¹⁷⁷ Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement...», pág. 623; Sands y Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, pág. 115. El término «arreglo institucional» se utiliza en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (véase la parte VIII: Arreglos institucionales y recursos financieros).

¹⁷⁸ Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción; Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

¹⁷⁹ Las organizaciones internacionales serán el tema de otro informe.

¹⁸⁰ Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para «examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención. [...] En ese examen se tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención» (art. XII).

¹⁸¹ En el artículo VIII, párr. 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado, y en lo sucesivo, a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia «a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado». Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

¹⁸² Por ejemplo, la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992, la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.

de examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción y el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, no constituyen ni una organización internacional ni el órgano de una organización.

78. No es necesario, a los efectos del presente informe, resolver cuestiones doctrinales relativas a la clasificación de las conferencias de los Estados partes. En los casos que se exponen a continuación, una conferencia de Estados partes es una reunión de Estados partes establecida en un tratado a los fines de examinar o aplicar dicho tratado, lo que no incluye reuniones en que los Estados partes actúen como miembros del órgano de una organización internacional. Sin embargo, se hará referencia al reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia dictado en *Whaling in the Antarctic*¹⁸³ en que se examina un caso límite, la Comisión Ballenera Internacional, establecida en la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena¹⁸⁴.

B. Tipos de actos adoptados por los Estados partes en el marco de una conferencia de los Estados partes

79. Las conferencias de los Estados partes llevan a cabo una variedad de actos, cuyas consecuencias y naturaleza jurídica dependen, en primer lugar, del tratado en cuestión. A los fines del presente informe, la principal distinción se refiere a las medidas que puede adoptar una conferencia de los Estados partes para revisar la aplicación del tratado y procedimientos de enmienda¹⁸⁵.

80. Las facultades de examen de las conferencias de los Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales o en disposiciones específicas. Un ejemplo de una típica cláusula de examen general es el artículo 7, párr. 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que establece lo siguiente:

La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención.

81. Esa facultad de examen tan amplia llevó al Proceso de la Conferencia de Examen de la Convención sobre

¹⁸³ *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226.

¹⁸⁴ A menudo se dice que en la Convención se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y la Convención atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que encuadran en la definición actual de conferencia de los Estados partes.

¹⁸⁵ Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: arts. 6, párr. 1 (funciones de examen), y 10 *bis* (enmiendas); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: arts. 7, párr. 2 (facultades de examen) y 15 (enmiendas); Protocolo de Kyoto, art. 13, párr. 4 (facultades de examen de la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto) y 20 (procedimiento para la adopción de enmiendas); Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, arts. XI (examen de la Conferencia de las Partes) y XVII (procedimientos de enmienda); Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares; Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, arts. 23, párr. 5 (facultades de examen), 28 (enmiendas) y 33 (protocolos).

Armas Biológicas y Toxínicas, por ejemplo, a aprobar «acuerdos adicionales» sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención¹⁸⁶. Esos acuerdos han sido aprobados por consenso por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, y han evolucionado en relación con todos los artículos del tratado para abordar cuestiones puntuales a medida que se planteaban¹⁸⁷. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas¹⁸⁸ define «acuerdo adicional» como el acuerdo que:

a) Interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o

b) Da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición¹⁸⁹.

82. En los distintos tratados se establecen facultades específicas para el examen de ciertas disposiciones, que a veces se refieren a ellas como «directrices» que habrán de ser elaboradas y propuestas por una conferencia de Estados partes¹⁹⁰, y a veces establecen una conferencia de Estados Partes que determinará «normas» y «modalidades»¹⁹¹.

83. Existen dos tipos de procedimientos de enmienda: los procedimientos de enmienda formales (que en su mayoría deben ser ratificados por los Estados partes según los procedimientos establecidos en sus constituciones), y la aceptación tácita¹⁹² y procedimientos de no objeción¹⁹³. Los procedimientos de enmienda formales en general se aplican al texto principal de los tratados, en tanto que los procedimientos de aceptación tácita suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente. Con arreglo al procedimiento de

¹⁸⁶ Véase Millett, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», pág. 42.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 33.

¹⁸⁸ La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados Partes a fin de prestar apoyo administrativo a la Conferencia, y mejorar las medidas de fomento de la confianza entre los Estados Partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), págs. 19 y 20).

¹⁸⁹ Párr. 1 del documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención titulado «Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la Convención» (BWC/CONF.VII/INF.5) (que fue actualizado para que incluyera los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012).

¹⁹⁰ Esto es particularmente claro en el caso de los artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

¹⁹¹ El artículo 17 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático sobre los derechos de emisión proporciona un ejemplo instructivo. La utilización de la palabra «normas» en esta disposición generó un debate sobre la naturaleza jurídica de las actividades de esa Conferencia de las Partes [en su calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto], y sobre si sus efectos eran o no vinculantes. Véase Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement...», pág. 639; Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», págs. 110 a 115.

¹⁹² Véase el sitio web de la OMI (www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx).

¹⁹³ Véase Brunnée, «Treaty amendments», págs. 354 a 360.

aceptación tácita —conocido a veces también como «procedimiento de consentimiento tácito»¹⁹⁴— las enmiendas entran en vigor para todas las partes si las aprueba una mayoría calificada (en general dos tercios), y a menos que una o más de una de las partes objete a ello dentro de un plazo determinado. Cuando se formula una objeción expresa dentro de un plazo determinado, la enmienda no entra en vigor respecto de la parte o partes que formulan la objeción (mecanismo de exclusión explícita).

C. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los que se refiere el artículo 31, párr. 3, pueden dimanar de las conferencias de los Estados partes

84. Las conferencias de examen normalmente examinan la aplicación de los tratados pertinentes con miras a asegurar el cumplimiento de sus objetivos. Por lo tanto, las decisiones o declaraciones adoptadas en el marco de esas conferencias cumplen una función importante en lo que respecta a adaptar los tratados a los hechos nuevos o a interpretarlos en la forma que las partes consideren es la correcta en un determinado momento. Esas decisiones y declaraciones también constituyen o son reflejo de acuerdos ulteriores a los que se refiere el artículo 31, párr. 3, apdo. a, que se utilizan para interpretar el tratado de que se trate. Así, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a solicitud de los órganos rectores, formuló la siguiente observación respecto de una decisión sobre una «resolución interpretativa»:

Según el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena), en la interpretación de un tratado deberán tenerse en cuenta los acuerdos ulteriores entre las Partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las partes¹⁹⁵.

85. Los comentaristas también han interpretado que esas decisiones pueden constituir acuerdos ulteriores en lo que respecta a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares¹⁹⁶ y al respecto han señalado lo siguiente:

Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado¹⁹⁷.

En el mismo sentido, con respecto a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

El artículo VI de la Convención establece que «[l]a Comisión podrá, en su oportunidad, hacer recomendaciones a alguno o a todos los gobiernos contratantes sobre cualquier asunto que se relacione con las ballenas o su caza y con los objetivos y propósitos de esta Convención». Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Tema 4 del programa (Fertilización de los océanos), presentado por la Secretaría en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos (OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3).

¹⁹⁶ Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, pág. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 213 y 214.

¹⁹⁷ Carnahan, «Treaty review conferences», pág. 229.

vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su Anexo¹⁹⁸.

86. Los siguientes ejemplos apoyan la afirmación de que las decisiones adoptadas por las conferencias de los Estados partes pueden constituir los acuerdos ulteriores a los que se refiere el artículo 31, párr. 3, apdo. a:

1. CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO

87. La principal función de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es examinar y promover la aplicación eficaz del Convenio¹⁹⁹. El tratado prevé que los Estados partes acuerden ulteriormente directrices que aclaren el sentido de una disposición, lo que necesariamente implica interpretar el tratado. En la medida en que las interpretaciones que figuran en las directrices de la Conferencia de las Partes constituyen «propuestas», no son, como tales, jurídicamente vinculantes. Sin embargo, esas directrices también pueden establecer una interpretación que se haya acordado. Por lo tanto, el Asesor Jurídico de la OMS ha reconocido lo siguiente (aunque su formulación es excesivamente amplia):

Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un «acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado», tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena²⁰⁰.

88. Una directriz para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco, por ejemplo, demuestra que la Conferencia de las Partes ha definido ulteriormente el sentido y el alcance de una norma y ha interpretado el significado de sus términos. En el artículo 14, párr. 1, se establece lo siguiente:

Cada Parte elaborará y difundirá directrices apropiadas, completas e integradas, basadas en pruebas científicas y en las mejores prácticas, teniendo presentes las circunstancias y prioridades nacionales, y adoptará medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco.

89. La directriz para la aplicación del artículo 14, aprobada por la Cuarta Conferencia de las Partes (2010), aclara, entre otras cosas, lo que «significa» la adicción al tabaco/dependencia del tabaco:

conjunto de manifestaciones comportamentales, cognitivas y fisiológicas que se desarrollan tras un consumo repetido, y que suelen consistir en un intenso deseo de consumir tabaco, dificultad para controlar ese consumo, persistencia en este pese a sus consecuencias graves,

¹⁹⁸ *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 248, párr. 46.

¹⁹⁹ Arts. 5, párr. 4, 7, 8 y 23, párr. 5.

²⁰⁰ Véase Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un Protocolo sobre Comercio Ilícito de Productos de Tabaco, «Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo», nota del Asesor Jurídico de la OMS sobre el ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (OMS, documento FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, anexo, párr. 6). Esta cuestión también ha sido reconocida en la doctrina, véase Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», págs. 14 a 16.

asignación de mayor prioridad al consumo de tabaco que a otras actividades y obligaciones, aumento de la tolerancia y, en ocasiones, un estado físico de abstinencia²⁰¹.

90. Esta definición está adaptada de la *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos* de la OMS²⁰², y muestra que los Estados partes en el Convenio Marco de la OMS sobre Control del Tabaco han adoptado la definición de esa organización mundial sobre problemas de salud, para interpretar el artículo 14.

2. CONVENCIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL DESARROLLO, LA PRODUCCIÓN Y EL ALMACENAMIENTO DE ARMAS BACTERIOLÓGICAS (BIOLÓGICAS) Y TOXÍNICAS Y SOBRE SU DESTRUCCIÓN

91. La Conferencia de Examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, en ejercicio de sus funciones generales de examen, celebra periódicamente «entendimientos y acuerdos adicionales» relativos a las disposiciones de la Convención. Los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención mediante esos entendimientos, definiendo, especificando o ampliando de alguna otra manera, el sentido y el alcance de las disposiciones, así como la adopción de directrices sobre su aplicación. Por lo tanto, los «entendimientos y acuerdos adicionales» pueden constituir acuerdos ulteriores en virtud de lo dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdo. a. El siguiente ejemplo ilustra la cuestión: el artículo I, párr. 1, de la Convención establece que los Estados partes se comprometen a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no están justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.

En la Tercera Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención (1991), los Estados partes señalaron que las prohibiciones establecidas en esa disposición se refieren a «agentes microbianos u otros agentes biológicos o tóxicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano»²⁰³.

3. PROTOCOLO DE MONTREAL RELATIVO A LAS SUSTANCIAS QUE AGOTAN LA CAPA DE OZONO

92. La Enmienda de Beijing elaborada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo de Montreal

²⁰¹ «Directrices para la aplicación del artículo 14 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco», en *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Directrices para la aplicación. Artículo 5.3, artículo 8, artículo 9, artículos 9 y 10, artículo 11, artículo 12, artículo 13, artículo 14* (Ginebra, OMS, 2013), pág. 124.

²⁰² *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos*, 10.ª revisión (CIE-10). Ginebra, OMS, 2007.

²⁰³ Declaración Final de la Tercera Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.III/23, parte II), art. I, segundo párrafo.

relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono ha dado lugar a un debate sobre su interpretación. La Conferencia de las Partes reconoció «que el significado de la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” puede ser objeto de interpretaciones distintas por las Partes en la Enmienda de Beijing con respecto a los hidroclorofluorocarbonos». La Conferencia adoptó entonces «en este contexto una decisión sobre una práctica para aplicar lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 4 del Protocolo, estableciendo por consenso una interpretación única de la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo”, que pueda ser aplicada por las partes en la Enmienda de Beijing a los efectos del comercio de hidroclorofluorocarbonos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo»²⁰⁴.

4. CONVENIO SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DEL MAR POR VERTIMIENTO DE DESECHOS Y OTRAS MATERIAS

93. Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita (enmienda) no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. a, pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de las Conferencias de las Partes del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias. En su decimosexta reunión, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en 1993, aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita que podía

²⁰⁴ Para mayores detalles, véase la decisión XV/3 (Obligaciones de las Partes en la Enmienda de Beijing dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos), Informe de la 15.ª Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, UNEP/OzL. Pro.15/9, párr. 1. La definición ha sido formulada de la siguiente manera:

«1. [...] a) La expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo;

b) La expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo” incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las enmiendas de Copenhague y Beijing;

c) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión “Estado que no sea Parte en este Protocolo”, se aplicará lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado:

i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible;

ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague;

iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *supra*, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005,

en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición “Estado que no sea Parte en este Protocolo” hasta la conclusión de la 17.ª Reunión de las Partes».

utilizarse²⁰⁵. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos posteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren²⁰⁶. En efecto, la enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes y en que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que «[e]l Convenio de Londres sobre vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar»²⁰⁷ y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución «amplía efectivamente la definición de “vertimiento” del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles»²⁰⁸. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo posterior sobre la interpretación del tratado.

5. CONCLUSIÓN

94. Estos ejemplos demuestran que las decisiones de las conferencias de los Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos posteriores en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a* y, con más razón, práctica posterior en el sentido de los artículos 31, párr. 3, apdo. *b*, y 32. Sin embargo, esas decisiones no constituyen automáticamente un acuerdo posterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, dado que estos deben establecerse siempre expresamente. No se trata del caso en que las partes no tienen la intención de que su acuerdo tenga ninguna trascendencia jurídica, sino solo política (véase el capítulo I *supra*). Esa intención puede conocerse, en particular por la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la conferencia de los Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad, y la forma en que se aplique.

95. Por otra parte, no puede afirmarse simplemente que porque un tratado no otorga competencia a la conferencia de los Estados partes para adoptar decisiones vinculantes, todas las conferencias de los Estados partes son necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y

²⁰⁵ Véanse las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16) de la Decimosexta Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, celebrada en Londres. En primer lugar, la Reunión decidió hacer enmiendas en relación con la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último decidió sustituir el párrafo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas (véase OMI, «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972»).

²⁰⁶ Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias «constituyen cambios fundamentales al Convenio» (Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement...», pág. 638).

²⁰⁷ OMI, resolución LDC.41 (13), párr. 1, *International Organizations and the Law of the Sea, Documentary Yearbook 1990*, pág. 332.

²⁰⁸ Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement...», pág. 641.

crean solamente compromisos políticos²⁰⁹. Es posible que muchas de las decisiones adoptadas por conferencias de los Estados partes no se hayan elaborado con la finalidad de que constituyeran en sí mismas acuerdos posteriores en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, sea porque se supone que no deben constituir una declaración relativa a la interpretación del tratado, o porque surten efectos jurídicos solo en conjunción con la obligación general que existe de cooperar con arreglo al tratado que coloca a las partes en la obligación de tener debidamente en cuenta dicha decisión²¹⁰. Sin embargo, este análisis amplio solo permite establecer la presunción de que no puede considerarse en general que las decisiones (consensuadas) de la Conferencia de los Estados partes constituyen acuerdos en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*. Sin embargo, si las partes han dejado suficientemente en claro que la decisión de la conferencia de los Estados partes refleja el acuerdo al que han llegado respecto de la interpretación del tratado, dicha presunción quedaría desvirtuada. Que ello sea así o no depende de las circunstancias de cada caso en particular. Otra indicación para hacer esta determinación puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de los Estados partes. Por otro lado, una práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de los Estados partes, puede significar que los Estados no supusieron que la decisión constituiría un acuerdo posterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*²¹¹. Las decisiones de la conferencia de los Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos posteriores con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, ni práctica posterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, pueden, sin embargo, ser utilizadas como medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32²¹².

D. Forma y procedimiento

96. Es posible que los actos que se originan en las conferencias de los Estados partes tengan distintas formas y designaciones y hayan sido el producto de procedimientos distintos. A fin de que se las reconozca como acuerdos posteriores con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, las decisiones de las conferencias de los Estados partes deben constituir un «acuerdo» en lo que respecta a la interpretación del tratado por «acto común único»²¹³. La cuestión es si la forma o el procedimiento del que surge un acto dimanante de una conferencia de los Estados partes da algún indicio acerca de la sustancia del acuerdo en lo que respecta a la interpretación de un tratado.

97. Si la decisión de la conferencia de los Estados partes fue adoptada mediante una votación en la que hubo unanimidad y en que todas las partes participaron, es claro

²⁰⁹ Véase *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 248, párr. 46.

²¹⁰ *Ibid.*, pág. 257, párr. 83.

²¹¹ Véase el capítulo IV, secc. G *supra*.

²¹² *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, párr. 4 (opinión separada del magistrado *ad hoc* Charlesworth: «Observo que las resoluciones aprobadas por voto de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encuadran en el artículo 31, párr. 3, de la Convención de Viena»).

²¹³ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10.

que puede constituir un «acuerdo ulterior» en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, siempre que esa decisión sea «acerca de la interpretación del tratado» y a menos que una disposición del tratado no establezca otra cosa ni una parte indique expresamente lo contrario. Sin embargo, las decisiones de las conferencias de los Estados partes relativas a las funciones de examen, se adoptan en general por consenso. Esta práctica procede de los reglamentos que en general exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr consenso en lo que respecta a cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento de la Conferencia de las Partes Encargada del Examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.I/2). De conformidad con el artículo 28, párr. 2:

Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso.

98. Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de los Estados partes.

1. CONSENSO Y ACUERDO RESPECTO DE CUESTIONES SUSTANTIVAS

99. La cuestión de si una decisión dimanante de una conferencia de los Estados partes que se adopta por consenso puede constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, fue sometida, aunque de forma implícita, a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI en 2011, por el Grupo de Trabajo Interperíodos sobre la Fertilización de los Océanos, que acordó recomendar que «debería pedirse a la División de Asuntos Jurídicos y Relaciones Externas de la OMI que asesore a los órganos rectores en octubre de 2011 sobre las prescripciones de procedimiento en relación con una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si se necesita o no el consenso para tal decisión»²¹⁴.

100. En su respuesta, la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados Partes puede, en principio, constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*²¹⁵, aconsejó a los órganos rectores que incluso si la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión sería vinculante para todas las partes. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI señaló algunas decisiones de tribunales nacionales que no reconocían el carácter vinculante de ciertas decisiones interpretativas adoptadas por conferencias de los Estados partes en relación con regímenes de tratados y «sugirió que el sistema de las resoluciones interpretativas no era un 100% seguro y que, si se lo aplicaba, también sería aconsejable adoptar enmiendas

apropiadas al Convenio de Londres y al Protocolo de Londres al mismo tiempo»²¹⁶.

101. La opinión de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, aunque parte del presupuesto erróneo de que un «acuerdo ulterior» de los mencionados en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a* de la Convención de Viena de 1969 es vinculante o debería serlo «como un tratado o una enmienda a un tratado»²¹⁷, en definitiva llega a la conclusión correcta de que un acuerdo ulterior no es necesariamente vinculante²¹⁸. Esta posición es congruente con la posición de la Comisión, según la cual un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, es solo uno de los distintos medios de interpretación que deberán tomarse en cuenta en el proceso de interpretación²¹⁹. Así, las resoluciones interpretativas de las conferencias de los Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí mismas pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, o una práctica ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*, si hay razones suficientes para pensar que esa fue la intención de las partes²²⁰. Esta conclusión es compatible con el hecho de que algunos tribunales nacionales no han considerado como vinculantes algunas resoluciones interpretativas que fueron adoptadas en el marco de regímenes conexos²²¹. Solo es necesario que los tribunales, cuando interpreten las disposiciones del tratado de que se trate, den la importancia apropiada a una resolución interpretativa, no que la acepten como vinculante²²².

102. Se sigue de ello que la cuestión de si una «resolución interpretativa» requiere o no que se la adopte por consenso es engañosa. La adopción por consenso es una condición necesaria, aunque no suficiente, para que se llegue a un acuerdo con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *b*. Los reglamentos de las conferencias de los Estados partes en general no se pronuncian sobre los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, o una práctica ulterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo, párr. 3, apdo. *b*. Esos procedimientos solo determinan la forma en que las conferencias de los Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos colaterales en cuanto acuerdo ulterior según el artículo 31, párr. 3. Si bien los acuerdos ulteriores del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, no son vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena de 1969 les atribuye efectos jurídicos en virtud del artículo 31, que solo se justifican si el acuerdo entre las partes se refiere al fondo de la cuestión y se encuentra específicamente presente en un determinado momento. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma

²¹⁶ *Ibíd.*, párr. 15.

²¹⁷ *Ibíd.*, párr. 8.

²¹⁸ Véase el capítulo IV, secc. D *supra*.

²¹⁹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 2, párr. 4.

²²⁰ *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014* (opinión separada del magistrado Greenwood, párr. 6, y opinión separada del magistrado *ad hoc* Charlesworth).

²²¹ Véase OMI, documento LC 33/J/6, párrs. 8 a 13.

²²² Véase la nota 219 *supra*.

²¹⁴ OMI, documento LC 33/4, párr. 4.15.2.

²¹⁵ *Ibíd.*, documento LC 33/J/6, párr. 3.

de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto²²³.

103. El consenso, en cambio, no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según los comentarios sobre cuestiones de procedimiento, elaborados por la Oficina de Asuntos Jurídicos de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General de las Naciones Unidas²²⁴:

Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente «unanimidad» de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso²²⁵.

2. CONSENSO Y OBJECIONES

104. Dado que si se desea que una decisión adoptada en el marco de la conferencia de los Estados partes constituya un acuerdo ulterior con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, esa decisión debe expresar un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de aspectos sustantivos de las disposiciones de un tratado, algunas decisiones, no obstante se declare que han sido adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*. Esto es especialmente cierto respecto de las decisiones que han sido adoptadas a pesar de que uno o más Estados han formulado una objeción. El siguiente ejemplo ilustra la cuestión:

105. En su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de los impactos de las especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies²²⁶. Tras intentar varias veces llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se registraran en el último informe de la reunión las reservas que Australia había planteado. Australia reiteró que no podía aceptar los principios de orientación y que por lo tanto mantenía su objeción explícita²²⁷. La Presidenta declaró que el debate se cerraba y que, «siguiendo la práctica establecida», se adoptaba la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de los Estados que no estaban de acuerdo quedarían reflejadas en el último informe de la reunión. Tras

la aprobación de la decisión, Australia reiteró su parecer de que el consenso era adopción sin objeción explícita y expresó que albergaba graves preocupaciones respecto de la legalidad del procedimiento de aprobación del proyecto de decisión. Al final, Australia solicitó que «[e]n el caso de que la decisión de la Presidenta de que el texto se aprobase, Australia deseaba que se incluyese una declaración detallada en el informe, al efecto de que Australia no estaba de acuerdo con algunos elementos específicos de los principios de orientación»²²⁸. Además de la inclusión de esta declaración en el informe final de la reunión, se indica que durante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recalco que «estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto al cual se le hubiera hecho una objeción explícita»²²⁹. También algunos representantes expresaron reservas en cuanto al procedimiento de adopción de esta decisión.

106. Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas²³⁰, quien respondió que una parte podía «disociarse del fondo o del texto del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar ninguna otra restricción respecto de la posición de su Gobierno sobre el fondo o el texto del documento [...] pero que] por definición [...] cuando hay una objeción explícita, no hay consenso»²³¹. Añadió que dada la clara objeción de Australia, la Presidenta de la Conferencia de las Partes no debería haber procedido a declarar la decisión adoptada por consenso, y que, al hacerlo, había «actuado claramente en contra de la práctica establecida»²³². Sin embargo, concluyó que a pesar de las graves fallas del procedimiento, «una vez que la Presidenta declaró aprobada la decisión, el representante de Australia no objetó formalmente a su adopción ni intentó impugnar la decisión en sí misma»²³³. En opinión del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, la posición que asumió Australia después de la adopción de la decisión constituía una reserva respecto del procedimiento, más que una objeción formal en contra de la decisión²³⁴. Más tarde, en la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, celebrada en noviembre de 2002, Australia aprovechó la oportunidad para hacer una declaración formal, y señaló que no estaba de acuerdo con la opinión del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas y que no aceptaba que la decisión hubiera sido adoptada

²²³ *Whaling in the Antarctic*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 257, párr. 83.

²²⁴ Véase la resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas «que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización» (párr. 24).

²²⁵ Véase «Consensus in UN practice: general», documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf.

²²⁶ Informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I, decisión VI/23.

²²⁷ *Ibid.*, párr. 313.

²²⁸ *Ibid.*, párr. 321.

²²⁹ *Ibid.*, párr. 318.

²³⁰ La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

²³¹ La opinión jurídica puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, documento UNEP/SCBD/30219R (17 de junio de 2002), pág. 1.

²³² *Ibid.*, pág. 2.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

válidamente en la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica²³⁵.

107. La decisión mencionada, relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y una decisión similar adoptada por la Conferencia sobre el Cambio Climático celebrada en Cancún (México) del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 en el marco del Protocolo de Kyoto de la Convención sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción del Estado Plurinacional de Bolivia)²³⁶, plantearon la importante cuestión de qué significaba «consenso»²³⁷. Esta cuestión, sin embargo, debe distinguirse de la cuestión de cuáles son las circunstancias bajo las cuales las partes en un tratado llegan a un acuerdo en relación con aspectos sustantivos de interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdos. *a* y *b*.

E. Actos no aprobados en presencia de todas las partes en un tratado

108. Las decisiones adoptadas por las conferencias de los Estados partes no son adoptadas necesariamente por todas las partes en un tratado. Si bien todas las partes tienen en general y con arreglo al tratado, la posibilidad de participar en una conferencia de los Estados partes, algunas pueden decidir no asistir a la reunión. En esos casos puede plantearse la cuestión de si una decisión adoptada por una conferencia de los Estados partes, que constituiría un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, si todas las partes la hubieran adoptado, también puede considerarse un acuerdo ulterior si una o más partes no hubieran participado en la conferencia.

109. Sería difícil suponer que una parte en un tratado ha acordado, mediante su consentimiento para quedar vinculada por el tratado, aceptar las decisiones que sean adoptadas posteriormente en su ausencia por otros Estados partes en el marco de la conferencia de los Estados partes de que se trate. Por lo tanto, debería ser posible que los Estados que no han participado pudieran expresar posteriormente su desacuerdo con una decisión que haya sido adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes. Por otra parte, del principio de buena fe y del deber

²³⁵ Informe de la Octava Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, Valencia (España) 18 a 26 de noviembre de 2002, que puede consultarse en http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop8_report_english.pdf.

²³⁶ Véase la decisión 1/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15.º período de sesiones; y la decisión 2/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, adoptada por la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); y deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), párr. 29.

²³⁷ Véase Nolte, «Third Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings», págs. 372 a 377.

de cooperar en el marco del tratado se desprende que los Estados no participantes tienen la obligación de manifestar su posible desacuerdo tan pronto como sea factible en las circunstancias, de lo contrario debería suponerse su acuerdo (aquiescencia).

110. Subsiste la cuestión, más doctrinaria, de si la decisión de una conferencia de los Estados partes con la que los Estados partes no participantes están de acuerdo en razón de haber mantenido silencio posteriormente debería considerarse como un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, o más bien como una práctica ulterior, de conformidad con el artículo 31, párr. 3, apdo. *b*. El hecho de que la Comisión haya distinguido ambas formas de conducta ulterior, al exigir, para el acuerdo al que se refiere el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, un «acto común»²³⁸ parece, a primera vista, llevar a la conclusión de que dicho acuerdo no se basa en un «acto común». Sin embargo, tampoco es posible considerar que esa decisión adoptada por una conferencia de los Estados partes sea un «acto común» incipiente que quedaría completo con la aceptación implícita de los Estados no participantes en un período de tiempo razonable. Esta última parece ser la mejor posición, dado el carácter central del acto colectivo y el carácter constructivo que tiene la aceptación de los Estados no participantes.

111. En razón de las consideraciones expuestas, se sugiere la siguiente conclusión:

«Proyecto de conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de los Estados partes»

1. Una conferencia de los Estados partes, con arreglo al presente proyecto de conclusiones, es una reunión de los Estados partes en un tratado cuya finalidad es examinarlo o aplicarlo, excepto si esos Estados partes actúan como miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión aprobada en el marco de una conferencia de los Estados partes depende en primer lugar del tratado y del reglamento aplicable. En función de las circunstancias, esa decisión puede constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3, apartado *a*, o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31, párrafo 3, apartado *b*, o el artículo 32.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustancial entre las partes respecto de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma que revista y del procedimiento que se haya seguido para su adopción.»

²³⁸ Véase la nota 213 *supra*.

CAPÍTULO VI

Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos posteriores y la práctica posterior

112. Conforme al artículo 31, párr. 3, a los efectos de la «interpretación» de un tratado habrán de tenerse en cuenta los acuerdos posteriores y la práctica posterior. Esto suscita la cuestión del alcance, y por tanto también de los límites, de los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios de interpretación, en particular la relación con otros efectos jurídicos que pueden tener los acuerdos posteriores y la práctica posterior conforme al derecho de los tratados.

A. Procedimientos concretos de interpretación y artículo 31, párr. 3, apdos. a y b

113. La interpretación por medio de los acuerdos posteriores y la práctica posterior puede estar prevista en el propio tratado. Algunos tratados incluyen cláusulas especiales relativas a la interpretación de los tratados por quienes son partes en ellos o por los órganos creados en virtud de esos tratados. El artículo IX, párr. 2, del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, establece que «[l]a Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales» mediante una decisión que «se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros». No obstante, en *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, el Órgano de Apelación no consideró que hubiera una relación de *lex specialis* entre el artículo IX, párr. 2, y los medios de interpretación estipulados en el artículo 31, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969:

No advertimos cómo podría la autorización expresa del Acuerdo sobre la OMC a los Miembros para adoptar interpretaciones de las disposiciones de la OMC —que requiere una votación por mayoría de tres cuartos y no una decisión unánime— obstar a que se recurra a la práctica posteriormente seguida como instrumento de interpretación de los tratados conforme al párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena²³⁹.

114. Otras cortes y tribunales han llegado a la misma conclusión con respecto a cláusulas similares de otros tratados²⁴⁰. Los autores han concluido que las cláusulas concretas relativas a la interpretación normalmente no tienen por objeto excluir el recurso a los medios de interpretación establecidos en el artículo 31, párr. 3, apdos. a y b²⁴¹.

²³⁹ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (nota 148 *supra*), párr. 273.

²⁴⁰ *Beagle Channel* (nota 106 *supra*), UNRIAA, vol. XXI, parte II, pág. 187, párr. 169, y pág. 188, párr. 173; *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje bajo el reglamento de la CNUDMI de conformidad con el capítulo XI del TLCAN, laudo definitivo sobre la jurisdicción y el fondo del asunto, 9 de agosto de 2005 (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), pág. 11, parte II, cap. H, párr. 23.

²⁴¹ Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», pág. 120; Pan, «Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes», págs. 519 a 525.

B. La relación entre interpretación y modificación

115. En el caso *Navigational and Related Rights*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que la práctica posterior de las partes, en el marco del sentido de lo dispuesto en el artículo 31, párr. 3, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969, puede dar lugar a un alejamiento de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito²⁴². No queda totalmente claro si la Corte quería así reconocer que la práctica posterior conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. b, también podía tener como efecto la modificación de un tratado o si simplemente estaba articulando un razonamiento respecto de la interpretación de los tratados. La segunda alternativa es posible, puesto que la intención «original» de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de los tratados. Así pues, la Comisión reconoció en el proyecto de conclusión 3 provisionalmente aprobado que los acuerdos posteriores y la práctica posterior, al igual que otros medios de interpretación, «pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo»²⁴³. Por tanto, el alcance de la «interpretación» no viene dado necesariamente por una «intención original» determinada, sino que tiene que delimitarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, en particular la evolución posterior que puede producirse.

116. Desde un punto de vista práctico, el pronunciamiento algo ambiguo de la Corte Internacional de Justicia suscita las cuestiones estrechamente vinculadas acerca de en qué medida pueden contribuir a la «interpretación» los acuerdos posteriores y la práctica posterior conforme al artículo 31, párr. 3, y si los acuerdos posteriores y la práctica posterior pueden tener como efecto la modificación de los tratados. Ambas cuestiones se incluyen en la esfera del presente tema, puesto que se mantienen «dentro del ámbito del derecho de los tratados» y se refieren a la «cuestión prioritaria» sobre la que versa el tema, a saber, «la significación jurídica de los acuerdos y la práctica posteriores a efectos de la interpretación»²⁴⁴ conforme se

²⁴² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, I.C.J. Reports 2009, pág. 242, párr. 64; véase también *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, laudo de 14 de enero de 2003, UNRIAA, vol. XXV, parte IV, pág. 256, párr. 62; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», pág. 51; Kamto, «La volonté de l'État en droit international», págs. 134 a 141; Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, pág. 132.

²⁴³ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 38, proyecto de conclusión 3; e *ibíd.*, párr. 39, comentario del proyecto de conclusión 3, párrs. 1 a 18.

²⁴⁴ El Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo señaló en 2012, como parte de su recomendación a la Comisión acerca del cambio de la labor sobre el tema que «[q]uedaba claro que el tema se mantendría dentro del ámbito del derecho de los tratados. La cuestión prioritaria será la significación jurídica de los acuerdos y la práctica posteriores a efectos de la interpretación (artículo 31 de la Convención de Viena de 1969)», conforme se explicó en la propuesta inicial relativa al tema, *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238; en su 3136.ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, la Comisión decidió modificar su método de trabajo en relación con este tema según lo sugerido por el Grupo de Estudio (*ibíd.*, párr. 269).

explica en la propuesta inicial relativa al tema. Así pues, a menudo resulta «difícil, si no imposible, trazar»²⁴⁵ una línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado.

C. Modificación de los tratados por medio de acuerdos ulteriores o la práctica ulterior

117. Es necesario establecer distinciones cuando se tratan las cuestiones interconectadas del posible alcance de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y si esas vías también pueden conducir a la modificación de los tratados. Aunque el extremo de si un tratado puede ser modificado por la práctica ulterior de las partes generó un debate en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y ha dado lugar a la aparición de significativos pronunciamientos judiciales y de otro tipo desde entonces, el extremo de la posible modificación de un tratado por medio de un acuerdo ulterior suscita cuestiones algo diferentes, pero estrechamente vinculadas.

1. MODIFICACIÓN DE LOS TRATADOS POR MEDIO DE LA PRÁCTICA ULTERIOR

118. En su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión propuso incluir una disposición en la Convención de Viena de 1969 que habría reconocido explícitamente la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior. El proyecto de artículo 38 tenía el siguiente tenor:

Modificación de los tratados por la práctica ulterior

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado²⁴⁶.

119. Este proyecto de artículo suscitó un debate controvertido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados²⁴⁷. La mayoría de los Estados formularon objeciones. Algunos pensaban que la modificación de un tratado requeriría normalmente seguir el procedimiento formal de enmienda²⁴⁸. También había preocupación por que se pudiera poner en peligro la estabilidad de los tratados y las relaciones convencionales si se reconocía la posibilidad de una modificación informal y

por que el proyecto de artículo propuesto pudiera conducir a abusos y debilitar el principio *pacta sunt servanda*²⁴⁹. Además, se afirmó que las modificaciones informales de los tratados por medio de la práctica ulterior podían suscitar problemas respecto del derecho constitucional interno²⁵⁰. Algunos Estados cuestionaron si el proyecto de artículo era realmente necesario, puesto que el que versaba sobre la práctica ulterior como medio de interpretación (que a la postre sería el artículo 31, párr. 3, apdo. b, ya abarcaba cuanto se requería y, en todo caso, era difícil establecer una distinción entre interpretación y modificación²⁵¹. Por último, se manifestó preocupación por la posibilidad de que se pudieran producir modificaciones sin el necesario acuerdo de todas las partes en el tratado²⁵² y de que funcionarios de baja categoría pudieran efectuar modificaciones fuera del control de los órganos estatales competentes²⁵³.

120. Otros Estados opinaban que el derecho internacional no era tan formalista como el derecho interno²⁵⁴. Se dijo que las modificaciones informales de los tratados por medio de la práctica ulterior habían sido reconocidas anteriormente por órganos judiciales²⁵⁵ y que nunca habían creado problemas en el ámbito constitucional interno de los Estados²⁵⁶. Algunas cuestiones que se habían suscitado en la práctica no se podían resolver por medio de la interpretación. Otro argumento que se esgrimió fue el de que si todas las partes acordaban aplicar el tratado de una manera que se desviara de su sentido original, no se infringiría el principio *pacta sunt servanda*²⁵⁷. Varias delegaciones consideraron que el proyecto de artículo 38 era una norma o principio preexistente del derecho internacional²⁵⁸.

121. El Relator Especial, Sr. Waldock, actuando en su calidad de consultor técnico de la Conferencia, dijo, entre otras cosas, que se había extrañado de que pareciera que algunas delegaciones estimaran que el artículo 38 constituía casi una violación del principio *pacta sunt servanda*, especialmente teniendo en cuenta que la base jurídica del artículo era la buena fe. Además, se refirió a la preocupación de que el artículo 38 pudiera permitir modificar los tratados contrariamente a lo dispuesto en el derecho interno. En su opinión, hasta la fecha, «este modo de aplicación de un tratado no [había] planteado nunca problemas constitucionales. Normalmente, las modificaciones no alteran las bases principales del tratado y no suscitan objeciones por parte de los parlamentos»²⁵⁹.

²⁴⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 243; Murphy, *The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties*, pág. 90; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», pág. 46; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, págs. 42 y 43; Sorel y Boré Eveno, «Article 31: Convention of 1969», pág. 825, párr. 42; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», pág. 555, párr. 76; esto es cierto incluso aunque teóricamente estos dos procesos puedan considerarse como «bastante diferentes jurídicamente», véase la opinión disidente del magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1212 y 1213, párr. 16; en este mismo sentido, Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, pág. 168.

²⁴⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 258.

²⁴⁷ Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», págs. 56 a 61.

²⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 14 *supra*), pág. 229, párr. 63 (Francia).

²⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 231, párr. 75 (Chile); pág. 233, párr. 35 (Uruguay).

²⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 228, párr. 58 (Japón); pág. 229, párr. 63 (Francia); pág. 230, párr. 68 (España); pág. 232, párr. 21 (Colombia).

²⁵¹ *Ibíd.*, pág. 228, párr. 57 (Finlandia).

²⁵² *Ibíd.*, pág. 231, párr. 73 (España).

²⁵³ *Ibíd.*, pág. 230, párr. 68 (España); pág. 232, párr. 6 (Estados Unidos).

²⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 232, párr. 9 (Iraq); pág. 233, párr. 22 (Italia).

²⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 235, párr. 51 (Argentina).

²⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 236, párr. 57 (Sr. Waldock).

²⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 235, párr. 51 (Argentina); véase también pág. 235, párr. 49 (Camboya).

²⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 233, párr. 33 (Austria); pág. 235, párr. 51 (Argentina); véanse también pág. 233, párr. 22 (Italia): «una realidad jurídica que ha existido siempre», y pág. 235, párr. 48 (Israel).

²⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 236, párrs. 55 a 58 (Sr. Waldock).

122. Se sometió a votación una enmienda para suprimir el proyecto de artículo 38, que fue aprobada por 53 votos a favor, 15 en contra y 26 abstenciones. Tras la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, los autores debatieron la cuestión de si el rechazo al proyecto de artículo 38 manifestado en aquella significaba que quedaba excluida la posibilidad de que los tratados se modificaran por medio de la práctica ulterior de las partes. La mayoría de ellos llegó a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no deseaban tratar esta cuestión en la Convención y que, como norma general conforme al derecho consuetudinario en materia de tratados, estos sí se pueden modificar por medio de la práctica ulterior que constituya el acuerdo de las partes a tal efecto²⁶⁰.

123. A fin de examinar adecuadamente esta cuestión hoy en día, es necesario determinar en primer lugar si tras la aprobación de la Convención de Viena los tribunales internacionales y la práctica de los Estados han reconocido la posibilidad de que se modifiquen los tratados por medio de la práctica ulterior.

a) *Corte Internacional de Justicia*

124. Aparte del mencionado pronunciamiento en el caso *Dispute regarding Navigational and Related Rights*²⁶¹, parece que la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. No obstante, se ha considerado que, en esencia, en algunas causas sí se reconocía implícitamente esa posibilidad. En particular, es lo que sucedió en la opinión consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, en la que la Corte afirmó que el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones no procedimentales se tomarían incluyendo los votos «afirmativos» de todos los miembros permanentes, no suponía que la abstención de uno o más miembros permanentes constituyera un impedimento para la adopción de resoluciones.

²⁶⁰ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, págs. 243 a 245; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», págs. 51 y 52; Kamto, «La volonté de l'État en droit international», pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 432, párr. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», págs. 555 y 556, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», pág. 702, párrs. 10 y 11); Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», págs. 62 a 67; Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989», pág. 65; Shaw, *International Law*, pág. 934; Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en especial la nota 65 con referencias adicionales; en desacuerdo con esta opinión, en particular (destacando la solemnidad de la conclusión de los tratados frente a la informalidad de la práctica), Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», págs. 89 y 90; también se muestra crítico Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», págs. 115 a 117 (distingue entre las perspectivas de los tribunales y de los Estados y destaca la importancia de las disposiciones sobre las enmiendas en este contexto).

²⁶¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 242, párr. 64.

Según la Corte, los procedimientos seguidos por el Consejo de Seguridad durante un período extenso ofrecen pruebas abundantes de que las decisiones del Presidente y las posturas adoptadas por los miembros del Consejo, en particular los miembros permanentes, han interpretado de manera continua y uniforme que la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido aceptada de manera general por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto la práctica general de la Organización²⁶². Por su parte, en la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, la Corte consideró lo siguiente: «La tendencia cada vez mayor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, a lo largo del tiempo, de ocuparse en forma paralela de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es compatible con lo dispuesto en el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta»²⁶³.

125. La Corte Internacional de Justicia llegó a esta conclusión aunque el Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas establece que «[m]ientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación». La única razón alegada por la Corte respecto a por qué esa tendencia cada vez mayor a lo largo del tiempo era compatible con lo dispuesto en el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta, es que era una práctica de la Asamblea General, tal como había evolucionado²⁶⁴.

126. En esas opiniones consultivas, la Corte Internacional de Justicia reconoció que la práctica ulterior tenía un efecto importante, e incluso decisivo, sobre la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a admitir explícitamente que esa práctica hubiera conducido realmente a una modificación del tratado²⁶⁵. Otra razón por la que el valor de esas opiniones puede ser limitado es que se refieren a tratados que establecen una organización internacional. La Convención de Viena de 1969 indica en su artículo 5 (que se refiere en particular a las «normas de la organización») que esos tratados pueden tener un carácter especial. 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 incluso se refiere a la «práctica establecida» de una organización como una forma específica de práctica ulterior en el ámbito de las organizaciones internacionales. Por tanto, no parecería apropiado inferir una norma general del derecho de los tratados partiendo exclusivamente de precedentes que se refieren a un tipo determinado de tratado respecto del cual la práctica ulterior puede desempeñar un papel específico. También por esta razón las cuestiones de la práctica ulterior y los acuerdos posteriores en relación con las

²⁶² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 22, párr. 22.

²⁶³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 149 y 150, párrs. 27 y 28.

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989», pág. 64.

organizaciones internacionales se tratarán en un informe posterior²⁶⁶.

127. Otros casos en los que la Corte Internacional de Justicia ha suscitado la cuestión de un posible efecto modificador de la práctica ulterior de las partes se refieren principalmente a los tratados sobre fronteras. Como señaló la Corte en el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*:

A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio en el título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho²⁶⁷.

128. La causa más conocida en la que la Corte Internacional de Justicia consideró que se había dado esa aquiescencia fue el caso *Temple of Preah Vihear*, en el que hizo un hincapié decisivo en el hecho de que se habían producido manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)²⁶⁸. No obstante, este fallo se dictó antes de que se aprobara la Convención de Viena de 1969 y, por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados²⁶⁹. Además, el fallo no llegó a reconocer explícitamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, puesto que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado fronterizo original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era²⁷⁰.

129. En conclusión, si bien la Corte Internacional de Justicia ha aludido a la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, hasta la fecha no ha reconocido explícitamente que se haya producido realmente ese efecto en ningún caso concreto. Más bien la Corte ha recurrido a formulaciones que dejaban abierta la posibilidad de que simplemente se hubiera llegado a una interpretación particularmente amplia o una interpretación muy específica que era difícil reconciliar con el sentido ordinario del texto del tratado, pero que coincidía con la práctica establecida de las partes.

²⁶⁶ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238, y *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 383, párr. 42.

²⁶⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 353, párr. 68.

²⁶⁸ *Temple of Preah Vihear* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 23: «no cabe duda de que, por su conducta, hubo un reconocimiento muy definido; [...] es claro que las circunstancias tenían tal entidad que exigían algún tipo de reacción»; y pág. 30: «difícilmente se puede imaginar una afirmación más clara del título por parte de la Indochina francesa [y, por tanto,] exigía una reacción».

²⁶⁹ Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», pág. 272.

²⁷⁰ *Temple of Preah Vihear*, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 26: un hecho, que, de ser cierto, no habría sido menos evidente en 1908. En su opinión disidente en el caso *Temple of Preah Vihear* el magistrado Parra-Aranguren afirmó que ponía de manifiesto que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión era modificar el tratado (*Kasikili/Sedudu Island*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1212 y 1213, párr. 16); Buga, «Subsequent practice and treaty modification», nota 113.

b) Tribunales de arbitraje

130. Los tribunales de arbitraje, por otro lado, han confirmado ocasionalmente que la práctica ulterior de las partes puede conducir a una modificación de lo dispuesto expresamente en los tratados y han aplicado esta norma considerándola como tal. En el caso *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, el tribunal de arbitraje llegó a la conclusión de que la frontera, conforme resultaba del texto del tratado, había sido modificada de hecho en determinadas zonas por la práctica ulterior de las partes²⁷¹. También se reconoció una modificación por medio de la práctica ulterior en el caso *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, en el que el tribunal de arbitraje determinó que el Acuerdo sobre Servicios de Transporte Aéreo celebrado entre los Estados Unidos y Francia había sido modificado efectivamente por la práctica ulterior de las aerolíneas estadounidenses que viajaban a determinados destinos que no estaban cubiertos por el Acuerdo original. El tribunal de arbitraje afirmó lo siguiente:

Este modo de proceder puede, de hecho, tenerse en cuenta no solo como medio útil de interpretar el Acuerdo, sino también como algo más, es decir, como posible fuente de modificación posterior derivada de determinados actos o actitudes que afecta a la situación jurídica de las partes y a los derechos que cada una de ellas puede legítimamente invocar²⁷².

131. No obstante, el pronunciamiento en el caso *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia* ha sido considerado por un autor como una «excepción aislada»²⁷³ (al menos en el contexto de la determinación de las fronteras) y el laudo del caso *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* se dictó antes de que se celebrara la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en donde fue objeto de crítica²⁷⁴.

c) Organización Mundial del Comercio

132. El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado claro que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de algún tratado, puesto que dejaría de ser la «aplicación» de

²⁷¹ *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, UNRIIAA, vol. XXV, págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, ibíd., vol. XX, pág. 56, párrs. 209 y 210, en donde el tribunal de arbitraje determinó, en un *obiter dictum*, que la línea fronteriza demarcada prevalecería sobre el Acuerdo si se detectara alguna contradicción.

²⁷² *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, ibíd., vol. XVI, págs. 62 y 63.

²⁷³ Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», pág. 42; no obstante, esta opinión ha sido refutada, véase Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», pág. 20, que se refiere al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y al arbitraje *Taba*.

²⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 14 supra), pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 89.

una disposición convencional existente²⁷⁵. No obstante, la insistencia del Órgano de Apelación en el sentido de que los acuerdos posteriores o la práctica ulterior no pueden implicar la modificación de disposiciones aplicables en virtud de los acuerdos cubiertos por la OMC debe considerarse a la luz de lo dispuesto específicamente en el artículo 3, párr. 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual «[I]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados»²⁷⁶.

d) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

133. En algunas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la práctica ulterior de las partes puede ser una fuente de modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La causa *Al-Saadoon and Mufdhi* se refería a la cuestión de si estaba permitido el traslado de una persona por parte de un Estado parte en el Convenio a otro Estado que no era parte cuando esa persona se enfrentaba a un riesgo real de ser condenada a muerte. En la causa se examinó la cuestión de si el artículo 3 del Convenio, que establece que nadie podrá ser sometido a «penas o tratos inhumanos o degradantes», se debía interpretar como una prohibición de dicha medida. Sin embargo, esa interpretación del artículo 3 parecía incompatible con el artículo 2 del Convenio, que protege el derecho de toda persona a la vida, de la que no podrá ser privado intencionadamente, «salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito» (art. 2, párr. 1). En la causa *Al-Saadoon and Mufdhi*, el Tribunal recordó que, en un *obiter dictum* que figuraba en la causa *Soering*,

ya había reconocido que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En esa causa el Tribunal aceptó que la práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena capital, podía suponer el establecimiento de un acuerdo entre los Estados contratantes para derogar la excepción indicada en el artículo 2, párr. 1 y, por tanto, para suprimir la limitación explícita a la posible interpretación evolutiva del artículo 3²⁷⁷.

134. Aplicando el mismo razonamiento, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión en la causa *Al-Saadoon and Mufdhi*:

Todos menos dos de los Estados miembros ya han firmado el Protocolo núm. 13 y todos menos tres de los Estados que lo han firmado lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica establecida de los Estados de respetar una moratoria sobre la pena capital, son claros indicios de que el artículo 2 ha sido modificado en el sentido de que prohíbe la pena de muerte en todas las circunstancias. En este contexto, el Tribunal no considera que la redacción de la segunda frase del artículo 2, párr. 1, siga constituyendo un impedimento para interpretar

²⁷⁵ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos III*, segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párrs. 391 a 393.

²⁷⁶ Disponible en www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm.

²⁷⁷ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, demanda núm. 61498/08, *Reports of Judgments and Decisions, 2010-II*, párr. 119, refiriéndose a *Ocalan v. Turkey* [Gran Sala], 12 de mayo de 2005, demanda núm. 46221/99, *ibíd.*, 2005-IV.

que la expresión «penas o tratos inhumanos o degradantes» que figura en el artículo 3 incluye la pena de muerte²⁷⁸.

135. El Tribunal concluyó que se había infringido el artículo 3 del Convenio cuando un Estado contratante trasladó a una persona en tiempos de guerra a un Estado no contratante, puesto que esa persona se enfrentaba a un riesgo real de ser condenada a la pena capital. Aunque el Tribunal fue bastante explícito en su razonamiento, su reconocimiento de que se había modificado el artículo 2 del Convenio por medio de la práctica de los Estados podría interpretarse como un *obiter dictum* si se considerara que la decisión se basó exclusivamente en el artículo 3. No obstante, ese razonamiento separaría artificialmente dos disposiciones que están estrechamente vinculadas.

e) *Otras cortes y tribunales internacionales*

136. Otras cortes y tribunales internacionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y los tribunales penales internacionales, y el Tribunal de Justicia Europeo, o bien parece que no han tratado la cuestión o bien no han reconocido que la práctica ulterior de las partes pueda modificar los tratados²⁷⁹.

f) *Práctica de los Estados que no está relacionada con los procedimientos judiciales*

137. Hay varios casos en que los Estados partes en un tratado siguen una práctica que parece que consideran que ha modificado efectivamente el tratado, sin que ninguna corte o tribunal internacional se haya pronunciado al respecto²⁸⁰. Entre esos casos figuraría, por ejemplo, la expresión «especies migratorias» conforme a la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, concepto que en la actualidad se interpreta en el sentido de que abarca a especies que no son migratorias o dejan de serlo debido al cambio climático²⁸¹. No obstante, esos casos son difíciles de determinar con claridad²⁸² y es particularmente dificultoso evaluar si una práctica concreta implica la asunción o el acuerdo de las partes conforme al cual se modifica el tratado en cuestión. Se ha sugerido en este contexto que sería «totalmente razonable postular, por ejemplo, que los Estados son muy reacios a permitir que los encargados de resolver las controversias utilicen la conducta ulterior para modificar una relación convencional, pero no tienen inconveniente en

²⁷⁸ *Ibíd.*, págs. 125 y 126, párr. 120; véase *Soering* (nota 31 *supra*), págs. 40 y 41, párrs. 102 a 104; Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», pág. 523.

²⁷⁹ Véase Nolte, «Second Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice», págs. 268 a 275, 282 a 285, 286 a 295 y 295 a 301.

²⁸⁰ Nolte, «Third Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings», págs. 353 a 356.

²⁸¹ Trouwborst, «Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and its daughter instruments to climate change», págs. 286 a 288; Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en especial la nota 115.

²⁸² Véase, en general, acerca de las dificultades para determinar una práctica de los Estados concluyente, Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 72.

convenir entre ellos que un tratado ha quedado modificado basándose en su acuerdo mutuo»²⁸³.

g) *Evaluación*

138. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales ofrece un panorama dispar. Mientras que algunos no han tratado la cuestión de si la práctica ulterior de las partes puede provocar la modificación de los tratados, la Corte Internacional de Justicia parece haber reconocido esa posibilidad en términos generales, aunque sin aplicarla claramente a ningún caso concreto. Además, parece que la Corte prefiere transmitir la impresión de que una práctica ulterior concreta de las partes se sitúa dentro del ámbito de una interpretación admisible de los tratados. Por otro lado, el Órgano de Apelación de la OMC ha rechazado la posibilidad de que la práctica ulterior de las partes modifique los acuerdos abarcados por esta organización, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido y aplicado esta posibilidad al menos en una causa²⁸⁴.

139. Esta situación sugiere las siguientes conclusiones: el caso de la OMC pone de manifiesto que un tratado puede excluir la posibilidad de que la práctica ulterior de las partes lo modifique. Por tanto, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. La causa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también respalda la idea de que el propio tratado es el que tiene el control en primer término y que, en sentido contrario, puede permitir que en ocasiones normas comunes, manifestadas en las legislaciones nacionales o en la práctica del poder ejecutivo, tengan prioridad con respecto al texto del tratado. Por tanto, en último extremo, la cuestión depende en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales correspondientes²⁸⁵.

140. No obstante, las normas convencionales que regulan la cuestión (como el artículo 3, párr. 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC o un entendimiento reconocido de un tratado conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos) son excepcionales. La situación es más complicada en el caso de los tratados para los que no existan indicaciones semejantes en uno u otro sentido. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede desprender ninguna norma residual clara para esos casos. Sin embargo, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que no se podía excluir totalmente desde el punto de vista jurídico la posibilidad de que los tratados fueran modificados por la práctica ulterior de las partes²⁸⁶, consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. Por consiguiente, la Corte está preparada para aceptar interpretaciones muy amplias que pueden ampliar el sentido ordinario de los términos del tratado y posiblemente incluso significados especiales de esos términos.

²⁸³ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 83.

²⁸⁴ *Al-Saadoon and Mufdhi* (nota 277 *supra*).

²⁸⁵ Buga, «Subsequent practice and treaty modification», notas 126 a 132.

²⁸⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 353, párr. 68.

141. Esta conclusión extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se adecua a determinadas consideraciones generales que se articularon durante los debates sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena de 1969. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración según la cual no se deberían obviar los procedimientos para realizar enmiendas previstos en los tratados recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente certera, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados²⁸⁷. También cabe señalar que no se puede seguir simplemente ignorando la preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados acerca de la posibilidad de que la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional de los distintos Estados²⁸⁸. Por último, si bien es cierto que no se pone en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda* por el hecho de que la práctica ulterior de todas las partes modifique un tratado, también lo es que la estabilidad de las relaciones convencionales puede verse afectada en caso de que simplemente se reconociera que un medio informal para determinar que hay un acuerdo en forma de una práctica ulterior puede modificar los tratados²⁸⁹. También cabe destacar que incluso el Sr. Waldock, en su intervención en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, limitó el posible alcance de la modificación por medio de la práctica ulterior de las partes indicando que esto no debería alterar «las bases principales del tratado»²⁹⁰.

142. Por tanto, si bien hay indicaciones en la jurisprudencia internacional de que, en caso de que el tratado no estableciera nada en sentido contrario, la práctica ulterior acordada por las partes puede provocar ciertas modificaciones limitadas de un tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca dicho efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales deberían tratar de considerar la práctica ulterior acordada por las partes como un intento por interpretar el tratado de una determinada manera. Esa labor de interpretación puede tener lugar dentro de un ámbito bastante amplio, puesto que el artículo 31 de la

²⁸⁷ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», pág. 47; Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», págs. 115 a 117; Alvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», pág. 130.

²⁸⁸ Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, fallo de 19 de junio de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (para una traducción al inglés, véase www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), párrs. 19 a 21; Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», págs. 145 a 148; Alvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», pág. 130; Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», págs. 154 a 159; y Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», págs. 165 y 166.

²⁸⁹ Véase, por ejemplo, Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», pág. 274 (en particular con respecto a los tratados sobre fronteras).

²⁹⁰ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 14 *supra*), pág. 236, párr. 57 (Sr. Waldock).

Convención de Viena de 1969 no otorga prioridad a ningún medio de interpretación en particular que figure en ella, sino que requiere que quien realice esa tarea tenga en cuenta todos los medios de interpretación que procedan²⁹¹.

2. ACUERDOS ULTERIORES

143. Conforme al artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, «[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes». Por otro lado, el artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, se refiere a los acuerdos ulteriores «entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» y parece que no trata la cuestión de la modificación. Como señaló el Órgano de Apelación,

el término «aplicación» que figura en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que «aplicarse»; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal²⁹².

144. Cuando se consideran conjuntamente los artículos 31, párr. 3, apdo. *a*, y 39 se pone de manifiesto que los acuerdos a que llegan las partes con posterioridad a la celebración de un tratado pueden interpretarlo y modificarlo²⁹³. No es necesario que el acuerdo conforme al artículo 39 revista la misma forma que el tratado al que enmienda (a menos que dicho tratado establezca algo distinto²⁹⁴). Al igual que ocurre con los acuerdos conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, se puede llegar a un acuerdo de conformidad con el artículo 39 por medios más informales, así como limitarse a modificar o suspender las obligaciones dimanantes del tratado solo para uno o más casos de aplicación de este²⁹⁵. Tal como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso *Pulp Mills on the River Uruguay*:

Cualesquiera que fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este «entendimiento» es vinculante para las partes, en la medida en que le han dado su consentimiento, y las partes deben ajustarse a él de buena fe. Están habilitadas para apartarse de

²⁹¹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 39, proyecto de conclusión 1, párr. 5, y comentario que lo acompaña; Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», pág. 117; algunos autores opinan que el ámbito de lo que es admisible como «interpretación» es más amplio en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párr. 3, que en el caso de las interpretaciones llevadas a cabo por otras instancias, incluido el ámbito de las interpretaciones evolutivas llevadas a cabo por las cortes o tribunales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation*, pág. 243; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», págs. 555 y 556, párr. 76.

²⁹² OMC, Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos III*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párr. 391.

²⁹³ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 88.

²⁹⁴ Según el artículo 39, segunda frase.

²⁹⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 107, con referencia al Sr. Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (nota 14 *supra*), págs. 227 y 228, párrs. 49 a 52; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 513, párrs. 7, 9 y 11; Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», pág. 706, en esp. párr. 16.

los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado²⁹⁶.

145. La falta de diferentes requisitos formales para llegar a un acuerdo conforme al artículo 39 o conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, es una razón por la que algunos autores consideran que un acuerdo en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, también puede tener el efecto de modificar un tratado²⁹⁷. En todo caso, puede ser necesario determinar si un acuerdo está concebido para modificar (conforme al artículo 39) o interpretar (conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*) un tratado y, si es así, en qué medida²⁹⁸, en particular si se puede establecer la distinción mediante criterios formales, o si depende simplemente de las presuntas intenciones de las partes. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados ofrecen un panorama dispar:

a) Corte Internacional de Justicia

146. En el caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia examinó una alegación según la cual las partes habían obviado un procedimiento previsto en un tratado en el caso concreto de la construcción de ciertas plantas de celulosa, que era el objeto de la controversia, en virtud de un «entendimiento» entre los Ministros de Relaciones Exteriores de la Argentina y el Uruguay acerca de cómo proceder en el asunto. La Corte determinó lo siguiente:

La Corte concluye que el «entendimiento» de 2 de marzo de 2004 solo habría tenido el efecto de exonerar al Uruguay de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7 del Estatuto de 1975, si tal era el objetivo del «entendimiento», en caso de que el Uruguay hubiese actuado de conformidad con él. En opinión de la Corte, no lo hizo. Por consiguiente, no puede considerarse que ese «entendimiento» haya tenido el efecto de dispensar al Uruguay del respeto de las obligaciones de procedimiento previstas por el Estatuto de 1975²⁹⁹.

147. Aunque la Corte Internacional de Justicia aceptó que el «entendimiento» podría haber tenido el efecto de «dispensar al Uruguay del respeto de las obligaciones de procedimiento» previstas en el tratado, no llegó a reconocer que hubiera tenido el efecto de modificar las obligaciones dimanantes del tratado. Esto sugiere que los acuerdos informales que presuntamente derogan obligaciones derivadas de los tratados deberían interpretarse de forma restrictiva. Por tanto, no se excluye que un acuerdo modifique un tratado, pero tampoco se debe presuponer³⁰⁰.

²⁹⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 62, párr. 128; la Corte llegó a la conclusión de que en la causa en cuestión no se habían cumplido estas condiciones, en esp. págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142.

²⁹⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, págs. 223 y 224, con ejemplos.

²⁹⁸ En la práctica judicial en ocasiones no es necesario determinar si un acuerdo tiene el efecto de interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 29, párr. 60 (a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración).

²⁹⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, en especial pág. 63, párr. 131.

³⁰⁰ *Ibid.*, pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 32.

b) *Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*

148. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha reconocido, aunque solo en un *obiter dictum*, que un acuerdo ulterior de las partes puede provocar la modificación de los Acuerdos de Argel:

No obstante, si las dos partes que crearon el Tribunal, a saber, la República Islámica del Irán y los Estados Unidos de América, acordaran presentar un caso al Tribunal, podría decirse que sería suficiente para otorgarle jurisdicción sobre ese caso, ya que constituiría un acuerdo internacional que modificaría las Declaraciones de Argel con respecto al caso particular. Pero no es esta la cuestión que se está tratando aquí³⁰¹.

149. En este *obiter dictum* se sugiere que la cuestión de si un acuerdo simplemente interpreta o modifica un tratado puede dilucidarse tomando en cuenta los efectos que en él se indican.

c) *Nota de la Comisión de Libre Comercio de 2001: ¿un acuerdo para interpretar o para modificar?*

150. Conforme al artículo 1131, párr. 2, del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio (que es un órgano de carácter intergubernamental) podrá formular una interpretación sobre una disposición del Tratado que será obligatoria para los tribunales establecidos de conformidad con el capítulo 11³⁰². La Comisión de Libre Comercio ha recurrido a esta posibilidad emitiendo una nota interpretativa de 31 de julio de 2001 con respecto al artículo 1105, párr. 1, del TLCAN (en lo sucesivo, la Nota de la Comisión de Libre Comercio)³⁰³. La Nota de la Comisión de Libre Comercio aclaraba, entre otras cosas, que la expresión «derecho internacional», por lo que se refiere al nivel mínimo de trato, debía entenderse referida al «derecho internacional consuetudinario» y que el «trato justo y equitativo» y la «protección y seguridades plenas» no exigían un trato adicional al requerido por el nivel establecido conforme al derecho internacional consuetudinario³⁰⁴. La Nota ha sido interpretada de forma diferente por distintos paneles establecidos en virtud del capítulo 11, en particular con respecto a la cuestión de si debería considerarse como una interpretación auténtica conforme al artículo 1131, párr. 2, del TLCAN, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. a, de la Convención de Viena de 1969, una enmienda (inadmisible) o una modificación informal (quizás admisible)³⁰⁵. Tienen particular relevancia las decisiones que se mencionan a continuación.

³⁰¹ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo provisional ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), págs. 125 y 126, párr. 132.

³⁰² Brower, «Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105», págs. 349 y 350.

³⁰³ «Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas».

³⁰⁴ Para consultar el texto de las notas de interpretación de determinadas disposiciones del capítulo XI, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, véase http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp; véase también Brower, «Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105», págs. 351 a 354.

³⁰⁵ Véase, por ejemplo, Brower, «Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105»,

151. El panel del caso *ADF Group Inc. v. United States*, al evaluar si la Nota de la Comisión de Libre Comercio constituía una interpretación o una enmienda, tuvo en cuenta el hecho de que en la propia Nota se indicaba que era una interpretación:

Observamos en este sentido que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio de fecha 31 de julio de 2001 se presenta expresamente como una interpretación de varias disposiciones del TLCAN, incluido el artículo 1105 1), y no una «enmienda» o cualquier otra cosa. [...] Por tanto, no es necesario indagar acerca de la distinción entre una «interpretación» y una «enmienda» del artículo 1105 1). Pero por lo que se refiere a la cuestión de si un documento presentado a un tribunal establecido en virtud del capítulo XI se considera un acuerdo de enmienda con respecto al cual se han seguido los procedimientos constitucionales internos respectivos de las partes necesarios para su entrada en vigor o una interpretación formulada por la Comisión de Libre Comercio conforme al artículo 1131 2), hay que tomar en consideración que contamos con las manifestaciones que las propias partes (todas las partes) llevan a cabo ante el Tribunal. No es posible encontrar una fuente más auténtica y fehaciente que nos oriente sobre qué pretendían expresar las partes en una disposición concreta del TLCAN³⁰⁶.

152. El panel del caso *Methanex v. United States* interpretó la Nota de la Comisión de Libre Comercio como un acuerdo ulterior conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. a:

Con respecto al artículo 1105, la interpretación vigente figura en la interpretación de la Comisión de Libre Comercio de fecha 31 de julio de 2001. Dejando al margen los efectos del artículo 1131 2) del TLCAN, la interpretación de la Comisión de Libre 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 Tratado. [...] De ello se desprende que cualquier interpretación del artículo 1105 debería atender al sentido ordinario de la disposición de conformidad con el artículo 31 1) de la Convención de Viena y tener en cuenta la interpretación de fecha 31 de julio de 2001 conforme al artículo 31 3) a) de la Convención de Viena³⁰⁷.

153. El panel también examinó la cuestión de si la Nota era interpretativa por naturaleza o suponía una enmienda del TLCAN:

Incluso suponiendo que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio era un cambio sustantivo trascendental (aunque el Tribunal cree que no lo es con respecto a la cuestión relativa a este caso), *Methanex* no aporta ningún fundamento de su argumento según el cual los cambios trascendentales realizados en un tratado deben efectuarse únicamente por medio de una enmienda formal en lugar de algún tipo de acuerdo entre todas las partes.

El artículo 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados simplemente establece que «un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes». No se requiere ningún modo concreto de enmienda y muchos tratados prevén su enmienda mediante acuerdo sin exigir una nueva ratificación. Una disposición del tipo del artículo 1131 tampoco choca con las normas internacionales de interpretación. En el artículo 31 3) a) de la Convención de Viena se dispone lo siguiente: «3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones»³⁰⁸.

págs. 354 a 356 y 363; Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», págs. 180, 181 y 216.

³⁰⁶ *ADF Group Inc. v. United States of America* (caso ARB(AF)/00/1), arbitraje del CIADI con arreglo al capítulo XI del TLCAN, 9 de enero de 2003, págs. 84 y 85, párr. 177 (www.state.gov/documents/organization/16586.pdf).

³⁰⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje bajo el reglamento de la CNUDMI de conformidad con el TLCAN, capítulo XI, laudo definitivo sobre la jurisdicción y el fondo del asunto, 9 de agosto de 2005, pág. 11, parte II, cap. H, párr. 23.

³⁰⁸ *Ibíd.*, págs. 9 y 10, parte IV, cap. C, párrs. 20 y 21.

154. El panel del caso *Pope & Talbot v. Canada*, si bien indicó una clara preferencia por considerar que la Nota de la Comisión de Libre Comercio era una enmienda, procedió basándose en la presunción de que se trataba de una «interpretación» llevada a cabo por la Comisión³⁰⁹.

155. A pesar de los diferentes juicios que ha merecido la Nota de la Comisión de Libre Comercio en cuestión, los diferentes tribunales no han establecido ningún criterio formal en virtud del cual pueda distinguirse un acuerdo ulterior conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. a, y un acuerdo para modificar un tratado (conforme al artículo 39 o sobre otra base). Más bien han preferido, en la medida de lo posible, considerar que el acuerdo concreto de las partes que se estaba examinando era un acuerdo sobre la interpretación del tratado y no una enmienda o modificación y, por tanto, han aceptado lo que las partes habían pretendido lograr.

d) *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

156. Hay ejemplos de la práctica que ponen de manifiesto que los Estados partes en un tratado en ocasiones pretenden llevar a cabo lo que efectivamente parece ser la modificación de un tratado por medio de un acuerdo ulterior, sin recurrir a un procedimiento de enmienda disponible ni llevarlo a término.

157. La Reunión Especial de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar acordó aplazar la primera elección de magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 16 de mayo de 1995 (la última fecha posible conforme al artículo 4, párr. 3, del anexo VI de la Convención) al 1 de agosto de 1996³¹⁰. La Reunión de los Estados Partes adoptó una decisión similar respecto a la primera elección de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental³¹¹. Ambas decisiones se tomaron por consenso. Ninguna de esas decisiones se adoptó siguiendo los procedimientos de enmienda estipulados en los artículos 312 a 316 de la Convención³¹² y sin entablar un debate sobre su legalidad. Sería posible considerar que estas son decisiones que no aplican la Convención en un caso concreto (lo cual supondría que la obligación dimanante del tratado no resulta afectada, sino que simplemente no se cumple). Sin embargo, a la vista de la necesidad de procurar una base jurídica sólida para las elecciones, es más

plausible suponer que las partes pretendían modificar la Convención con respecto al caso particular a fin de asegurar dicho efecto.

158. El artículo 4 del anexo II de la Convención establece la posibilidad de ampliar el límite exterior de la plataforma continental más allá de 200 millas marinas de conformidad con el artículo 76 de la Convención y exige que el Estado que lo solicite «presentará a la Comisión las características de ese límite junto con información científica y técnica de apoyo lo antes posible, y en todo caso dentro de los 10 años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención respecto de ese Estado». Cuando los Estados solicitaron una ampliación del plazo³¹³, la Reunión de los Estados Partes decidió que en el caso de los Estados para los que el Tratado hubiera entrado en vigor antes del 13 de mayo de 1999 la fecha de inicio del plazo de diez años comenzaría el 13 de mayo de 1999³¹⁴. Un documento de antecedentes preparado por la Secretaría señaló varias formas para lograr este objetivo, si bien mostró preferencia por un acuerdo ulterior de los Estados partes frente a un proceso formal de enmienda conforme a los artículos 312 o 313 de la Convención o un acuerdo de aplicación³¹⁵. En la Reunión de los Estados Partes la mayoría indicó que esta era una cuestión procedimental y, por tanto, entraba dentro de sus competencias³¹⁶. Los Estados partes decidieron por consenso en este caso que no era necesario recurrir a los artículos 312 a 314 de la Convención. Dada la claridad del artículo 76 de la Convención, resulta difícil concebir la decisión de la Reunión de los Estados Partes, incluso aunque se considere un asunto procedimental, como algo distinto de una modificación de esa disposición³¹⁷. Asimismo, está claro que los Estados partes no deseaban reconocer este extremo explícitamente.

e) *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono*

159. La dificultad de establecer una distinción entre un acuerdo relativo a la interpretación de un tratado y un acuerdo sobre su modificación se pone también de manifiesto en una decisión de la Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono en virtud de la cual se aprobaron varias enmiendas a ese instrumento³¹⁸. Conforme al artículo 9, párr. 5, del Convenio de Viena para la Protección

³¹³ Véase SPLOS/60, pág. 10, párr. 61.

³¹⁴ Véase SPLOS/73, pág. 13, párr. 81; y la decisión sobre la fecha de comienzo del plazo de diez años para presentar información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental previsto en el artículo 4 del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (SPLOS/72, pág. 1).

³¹⁵ Véase el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre las cuestiones relacionadas con el artículo 4 del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (SPLOS/64), págs. 7 y 8; véase también SPLOS/73, págs. 13 y 14.

³¹⁶ Véase SPLOS/73, pág. 13, párr. 79.

³¹⁷ Véase, por ejemplo, Oficina Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, División de Derecho Internacional, «Tema de la Comisión de Derecho Internacional titulado “Los tratados en el tiempo”» (14 de febrero de 2011), pág. 7.

³¹⁸ Véanse, por ejemplo, Brunnée, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», pág. 31; Churchill y Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement...», pág. 641.

³⁰⁹ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, arbitraje bajo el reglamento de la CNUDMI con arreglo al capítulo XI del TLCAN, laudo sobre la indemnización, 31 de mayo de 2002, págs. 22 y 23, párrs. 46 y 47 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>).

³¹⁰ Véase el informe de la Reunión Especial de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Nueva York, 21 y 22 de noviembre de 1994), SPLOS/3, pág. 6, párr. 16, apdo. a.

³¹¹ Aunque el artículo 2, párrafo 2, del anexo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establecía como plazo límite para tomar una decisión el 16 de mayo de 1996, en la Tercera Reunión de los Estados Partes se aplazó la decisión hasta el 13 de marzo de 1997 (véase SPLOS/5, pág. 7, párr. 20).

³¹² Treves, «The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention», págs. 68 a 70.

de la Capa de Ozono, «entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, al nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido notificación de su ratificación, aprobación o aceptación [...] por un mínimo de dos tercios de las Partes en el protocolo de que se trate, salvo que en ese protocolo se disponga otra cosa». El Protocolo de Montreal establece un «procedimiento de ajuste» especial³¹⁹, que, como se indicó anteriormente, debe distinguirse de las enmiendas al Protocolo a las que se aplica el artículo 9, párr. 5 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.

160. En la Segunda Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal, celebrada en Londres, del 27 al 29 de junio de 1990, las partes adoptaron la «decisión II/» sobre varias enmiendas al Protocolo. Las enmiendas y el procedimiento para su entrada en vigor figuran en el anexo II del informe final de la Reunión de las Partes³²⁰. El artículo 2 del anexo II establece lo siguiente:

La presente enmienda entrará en vigor el 1 de enero de 1992, siempre que se hayan depositado por lo menos 20 instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de la enmienda por Estados u organizaciones de integración económica regional que sean Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. En el caso de que en esa fecha no se haya cumplido esta condición, la enmienda entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que se haya cumplido dicha condición³²¹.

161. Esta decisión de la Reunión de las Partes representa un acuerdo ulterior de las partes que podría decirse que va más allá de una interpretación al establecer una modificación del procedimiento de enmienda estipulado en el régimen convencional del Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal. La práctica ulterior de las partes ha confirmado la decisión adoptada en 1990 mediante decisiones sucesivas que han utilizado el mismo procedimiento de entrada en vigor³²².

f) *Acuerdos ulteriores y procedimientos de enmienda*

162. Hay casos en los que las partes en un tratado inician un procedimiento formal de enmienda y, al mismo tiempo, llegan a un acuerdo ulterior más informal sobre la modificación de la disposición del tratado que empiezan a aplicar antes de que haya finalizado el procedimiento formal de enmienda. En esos casos, se podría suscitar la cuestión de si puede considerarse que el acuerdo ulterior articula de forma fehaciente la obligación dimanante del tratado en tanto en cuanto no concluya el procedimiento formal de enmienda. Un ejemplo de esta práctica se produjo respecto del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos

Peligrosos y su Eliminación. Basándose en una solicitud formulada en 1994 en la Primera Conferencia de las Partes por el Grupo de los 77, la Segunda Conferencia de las Partes decidió, por consenso, prohibir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos desde los Estados miembros de la OCDE hacia los Estados que no eran miembros de esta organización³²³. Ahora bien, durante los debates de la Segunda Conferencia de las Partes, algunos Estados expresaron preocupación con respecto a si esta decisión no debía ser más bien adoptada siguiendo el procedimiento formal de enmienda conforme al artículo 17 del Convenio de Basilea³²⁴. Se siguieron formulando críticas al respecto, en particular en el ámbito interno de algunos Estados partes³²⁵. En su tercera reunión, celebrada en 1995, la Conferencia de las Partes decidió iniciar una enmienda formal del Convenio de Basilea a fin de prohibir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos desde países miembros de la OCDE hacia países que no eran miembros de esa organización. Esta enmienda todavía no ha entrado en vigor conforme al procedimiento estipulado en el artículo 17 del Convenio. Durante los debates de la Tercera Conferencia de las Partes, varios Estados opinaron que la decisión de recurrir a un procedimiento formal de enmienda en este asunto no privaba de carácter vinculante a la decisión anterior de la Conferencia de las Partes, mientras que otros rechazaron expresamente este punto de vista³²⁶.

g) *Distinción entre acuerdos ulteriores*

163. Los anteriores ejemplos procedentes de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados sugieren que a menudo es muy difícil establecer una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, que no son vinculantes como tales y, finalmente, acuerdos sobre la modificación de un tratado de conformidad con el artículo 39. Parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que se puedan estipular en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre estas diferentes formas de acuerdos ulteriores. No obstante, resulta claro que los Estados y los tribunales internacionales, en general, están preparados para reconocer a los Estados partes

³²³ Véase el informe de la Segunda Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Ginebra, 21 a 25 de marzo de 1994 (UNEP/CHW.2/30, pág. 19, decisión II/12).

³²⁴ Véase la decisión III/1, adoptada por la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Ginebra, 18 a 22 de septiembre de 1995 (UNEP/CHW.3/35); véase también Handl, «International “lawmaking” by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies», pág. 132.

³²⁵ En Australia, por ejemplo, los parlamentarios estaban preocupados por «la pérdida de soberanía parlamentaria». Véase Handl, «International “lawmaking” by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies», pág. 132, nota 23.

³²⁶ Véase el informe de la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Ginebra, 18 a 22 de septiembre de 1995 (UNEP/CHW.3/34); véase también Handl, «International “lawmaking” by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies».

³¹⁹ Véase Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», págs. 109 y 110.

³²⁰ Informe de la Segunda Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, Londres, 27 a 29 de junio de 1990 (UNEP/OzL.Pro.2/3), pág. 9, párr. 40.

³²¹ *Ibid.*, pág. 32.

³²² Para consultar la lista de enmiendas al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, véase PNUMA, Secretaría del Ozono (<https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/amendments?q=treaties/montreal-protocol/amendments>).

una capacidad amplia para interpretar un tratado mediante un acuerdo ulterior. Esa capacidad puede ampliarse e incluso ir más allá del sentido ordinario de los términos del tratado. El reconocimiento de esta amplia capacidad de interpretación de los tratados va acompañado de la reticencia de los Estados y los tribunales a admitir que los acuerdos realmente producen el efecto de modificar los tratados³²⁷. El caso del Convenio de Basilea no tiene que interpretarse necesariamente como un reconocimiento *ex post* de las partes de que la decisión adoptada por la Conferencia de las Partes requería una enmienda formal, sino que también puede verse como un esfuerzo por evitar el desacuerdo entre ellas recurriendo a un procedimiento «seguro» incluso aunque no fuera estrictamente necesario. No obstante, parece que la puesta en marcha de un procedimiento formal de enmienda sugiere normalmente que las partes consideran que este es jurídicamente obligatorio.

164. La presunción de que un acuerdo ulterior que no cumple los requisitos procedimentales de la cláusula de enmienda de un tratado debería interpretarse de forma estricta en el sentido de que no tiene por objeto modificar el tratado parece incluso tener más fuerza en casos en los que el acuerdo ulterior afectaría al objeto y el fin del tratado, es decir, a un elemento esencial del tratado³²⁸. Uno de esos elementos esenciales puede ser la creación de determinados derechos individuales por parte del tratado³²⁹. Sin embargo, si un acuerdo ulterior es suficientemente claro puede incluso contribuir a modificar un elemento esencial de un tratado³³⁰.

³²⁷ Es posible que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común suponen la modificación de un tratado (véase Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», pág. 83).

³²⁸ Véase la directriz 3.1.5. de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte), párr. 1; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 214.

³²⁹ Véase Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 26 sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/53/40)*, anexo VII), párr. 4 (que, no obstante, se refiere a la facultad de denunciar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); véase el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional» (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), Adición 2, documento A/CN.4/L.682 y Add.1), párr. 108 (que, no obstante, se refiere a la cuestión de la *lex specialis*); Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en especial las notas 152 a 155.

³³⁰ Véase, por ejemplo, Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», pág. 46; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 31 (refiriéndose a los acuerdos sobre la privatización de las organizaciones internacionales en materia de satélites de telecomunicaciones INMARSAT, EUTELSAT e INTELSAT a los que se llegó al margen de los procedimientos ordinarios de enmienda); Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States».

3. CONCLUSIÓN

165. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y la práctica de los Estados confirman que si bien la modificación (o la enmienda) de un tratado por medio de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior convenida pueden, en teoría, distinguirse de su interpretación, en realidad, como afirmó la Comisión con bastante prudencia, «puede difuminarse la línea divisoria entre la interpretación y la modificación de un tratado por la práctica posterior»³³¹. La Corte Internacional de Justicia no ha debatido los criterios para distinguir una interpretación de una modificación por medio de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior convenida. Parece que el enfoque más razonable consiste en considerar que no puede establecerse la línea divisoria entre interpretación y modificación utilizando criterios abstractos, sino que debe inferirse, en primer lugar, del propio tratado, del carácter de la disposición convencional concreta en cuestión y del contexto jurídico en el que esté inmerso el tratado, así como de las circunstancias específicas del caso. En este sentido, un elemento importante que hay que considerar es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional correspondiente. En el caso *Dispute regarding Navigational and Related Rights*³³², por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar la cuestión abierta respecto de si el término «comercio» había sido modificado por la práctica ulterior de las partes, puesto que decidió que era posible dar a este término una interpretación evolutiva.

166. En razón de las consideraciones expuestas, se plantea la siguiente conclusión:

«Proyecto de conclusión 11. Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior»

1. El alcance de la interpretación basada en los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3, puede ser amplio.

2. Se presume que mediante un acuerdo ulterior o una práctica ulterior, las partes en un tratado tienen la intención de interpretarlo y no de modificarlo. La posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior de las partes no ha obtenido un reconocimiento generalizado.»

³³¹ *Anuario... 1964*, vol. II, pág. 58, párr. 25 del comentario a los artículos 72 y 73.

³³² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66.

CAPÍTULO VII

Futuro programa de trabajo

167. Conforme al plan de trabajo inicial³³³, el tercer informe, para el 67.º período de sesiones, en 2015, examinará la cuestión de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales. El informe también podría considerar la práctica de los órganos creados en virtud de tratados, el papel

³³³ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

de los tribunales nacionales y otros asuntos que los miembros de la Comisión o los Estados deseen que se examinen en el marco del tema. Dependiendo de los progresos realizados se podría presentar un informe final al 68.º período de sesiones, en 2016, en el que se podrían tratar posiblemente otros asuntos. La Comisión podría entonces iniciar un examen de los proyectos de conclusiones en conjunto, con vistas a su aprobación final.

ANEXO

Proyectos de conclusiones propuestos

Proyecto de conclusión 6. Determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

A fin de determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en los artículos 31, párrafo 3, y 32 es preciso realizar un examen atento, en particular sobre si las partes, mediante un acuerdo o práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones.

Proyecto de conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31, párrafo 3, y 32 pueden contribuir a aclarar el sentido de un tratado, en particular reduciendo o ampliando la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a las partes.

2. El valor de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación puede depender, entre otros factores, de la especificidad de ese acuerdo o práctica.

Proyecto de conclusión 8. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3, apartado b

La práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3, apartado b, puede adoptar diversas formas y debe reflejar el acuerdo común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Su valor como medio de interpretación dependerá de la medida en que dicha práctica sea concordante, común y coherente.

Proyecto de conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. No es preciso que un acuerdo mencionado en el artículo 31, párrafo 3, apartados a y b, revista una forma en particular ni que sea vinculante en sí mismo.

2. Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3, apartado b, requiere una coincidencia de pareceres conocida por las partes acerca de la interpretación del tratado. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que pueda considerarse que consta un acuerdo en virtud del artículo 31, párr. 3, apdo. b, puede

variar. Cuando las circunstancias requieran algún tipo de reacción, el silencio de una o más partes puede equivaler a una aceptación de la práctica ulterior.

3. Un acuerdo o práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede reflejar un acuerdo para no aplicar temporalmente el tratado o para establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

Proyecto de conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de los Estados partes

1. Una conferencia de los Estados partes, con arreglo al presente proyecto de conclusiones, es una reunión de los Estados partes en un tratado cuya finalidad es examinarlo o aplicarlo, excepto si esos Estados partes actúan como miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión aprobada en el marco de una conferencia de los Estados partes depende en primer lugar del tratado y del reglamento aplicable. En función de las circunstancias, esa decisión puede constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3, apartado a, o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31, párrafo 3, apartado b, o el artículo 32.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustancial entre las partes respecto de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma que revista y del procedimiento que se haya seguido para su adopción.

Proyecto de conclusión 11. Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. El alcance de la interpretación basada en los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3, puede ser amplio.

2. Se presume que mediante un acuerdo ulterior o una práctica ulterior, las partes en un tratado tienen la intención de interpretarlo y no de modificarlo. La posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior de las partes no ha obtenido un reconocimiento generalizado.

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/675

Segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados*, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial

[Original: español]
[9 de junio de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	165
Obras citadas en el presente informe.....	166
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1–8 167
<i>Capítulo</i>	
I. ANÁLISIS DE LAS OPINIONES EXPRESADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS.....	9–22 167
II. EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL.....	23–85 168
A. Origen de las obligaciones.....	32–43 169
B. Derechos.....	44–52 171
C. Obligaciones.....	53–68 172
D. Terminación de las obligaciones.....	69–85 173
III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACIÓN DE UN TRATADO APLICADO PROVISIONALMENTE.....	86–95 175
IV. CONCLUSIÓN.....	96–98 175

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 55, núm. 814, pág. 308.
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, núm. 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 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.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, núm. 18232, pág. 443.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 143.
Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite «INTELSAT» (Washington D.C., 20 de agosto de 1971)	Ibíd., vol. 1220, núm. 19677, pág. 21.

* El Relator Especial agradece profundamente al Sr. Pablo Arrocha por su invaluable contribución en la preparación del presente informe.

Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía (París, 18 de noviembre de 1974)	Ibíd., vol. 1040, núm. 15664, pág. 271.
Convenio Internacional del Azúcar, 1977 (Ginebra, 7 de octubre de 1977)	Ibíd., vol. 1064, núm. 16200, pág. 219.
Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos (Ginebra, 12 de abril de 1979)	Ibíd., vol. 1186, núm. 814, pág. 54.
Convenio Internacional de Telecomunicaciones (Nairobi, 6 de noviembre de 1982)	Ibíd., vol. 1533, núm. 26559, pág. 2.
Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1439, núm. 24404, pág. 275.
Tratado sobre las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (Viena, 19 de noviembre de 1990)	Ibíd., vols. 2441, 2442 y 2443, núm. A-44001.
Documento acordado entre los Estados Partes en el Tratado sobre las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 19 de noviembre de 1990 (Viena, 31 de mayo de 1996)	Ibíd.
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)	Ibíd., vol. 1975, núm. 33757, pág. 3.
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)	Ibíd., vol. 1836, núm. 31364, pág. 3.
Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994)	Ibíd., vol. 2080, núm. 36116, pág. 95.
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1994 (Ginebra, 17 de febrero de 1995)	Ibíd., vol. 1964, núm. 33546, pág. 207.
Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)	Ibíd., vol. 2167, núm. 37924, pág. 3.
Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999 (Londres, 13 de abril de 1999)	Ibíd., vol. 2073, núm. 32022, pág. 135.
Acuerdo sobre la Aplicación Provisional del Acuerdo sobre el Establecimiento de la Organización Internacional de Energía de Fusión del ITER para la ejecución conjunta del proyecto ITER (París, 21 de noviembre de 2006)	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> L 358, 16 de diciembre de 2006, pág. 62.
Convenio sobre Asistencia Alimentaria (Londres, 25 de abril de 2012)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 50320.
Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 28 de marzo de 2013)	A/CONF.217/2013/L.3, anexo.

Obras citadas en el presente informe

ASCENSIO, Hervé «Article 70», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), <i>The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary</i> , Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 1585 a 1609.	MICHIE, Andrew «The provisional application of treaties in South African law and practice», <i>South African Yearbook of International Law</i> , vol. 30 (2005), págs. 1 a 32.
AUST, Anthony <i>Modern Treaty Law and Practice</i> , 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.	QUAST MERTSCH, Anneliese <i>Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature</i> , Leiden, Brill, 2012.
GESLIN, Albane <i>La mise en application provisoire des traités</i> , París, Pedone, 2005.	REUTER, Paul <i>Introducción al Derecho de los Tratados</i> , México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999.
GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios <i>Derecho de los Tratados</i> , México D.F., Editorial Porrúa, 2010.	ROGOFF, Martin A. y Barbara E. GAUDITZ «The provisional application of international agreements», <i>Maine Law Review</i> , vol. 39, núm. 1 (1987), págs. 29 a 81.
KLAUS, Ulrich «The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties», <i>Policy Papers on Transnational Economic Law</i> , núm. 11 (enero de 2005), págs. 2 a 8.	SIMMA, Bruno y Christian J. TAMS «Article 60», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), <i>The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary</i> , vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 1351 a 1381.
LEFEBER, René «Treaties, provisional application», en Rüdiger Wolfrum (ed.), <i>The Max Planck Encyclopedia of Public International Law</i> , Oxford, Oxford University Press, 2012.	VIGNES, Daniel «Une notion ambiguë: l'application à titre provisoire des traités», <i>AFDI</i> , vol. XVIII (1972), págs. 181 a 199.
MATHY, Denise «Article 25», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), <i>The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary</i> , Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 639 a 654.	

Introducción

1. En el primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados¹, presentado a la Comisión de Derecho Internacional en junio de 2013 para su examen, el Relator Especial llevó a cabo un análisis preliminar de carácter general que sirviese de guía para identificar posibles áreas de estudio para futuros informes.

2. En particular, el Relator Especial abordó cuestiones relativas a los antecedentes y terminología de esta figura jurídica, así como el análisis de los propósitos y la utilidad de la aplicación provisional de los tratados. Asimismo, inició el estudio del régimen jurídico de la aplicación provisional, enfocándose en tres aspectos principales: fuente de las obligaciones, formas de la manifestación de la voluntad y formas de terminación del régimen creado por la aplicación provisional.

3. Por otro lado, indicó que las consecuencias jurídicas que se generarían tanto al interior del Estado como en el plano internacional serían abordados en informes posteriores.

4. Este segundo informe tiene por objetivo dar seguimiento al análisis de fondo sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados, tal y como fue indicado en el párrafo 37 del primer informe.

5. La cuestión de los efectos jurídicos de la aplicación provisional ha sido señalada en reiteradas ocasiones, tanto por los miembros de la Comisión como por los Estados que han participado en los debates sobre el tema, como

prioritario para la continuación del estudio del tema, pues se refiere al impacto que tiene esta figura del derecho de los tratados en la adquisición de derechos y obligaciones internacionales por parte de uno o más Estados que hayan decidido recurrir a ella.

6. Para tal fin, el Relator Especial tomará en cuenta los comentarios formulados por los Estados durante el debate correspondiente en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones, así como la información recibida hasta ahora sobre la práctica de los Estados, como resultado de la petición que esta Comisión hiciera a los Estados miembros en el informe correspondiente a su 65.º período de sesiones², y de la que la Asamblea General tomó nota en su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, párr. 1.

7. Si bien la Comisión ha recibido ya algunos informes sobre la práctica de los Estados, el Relator Especial considera prudente y necesario recabar más información al respecto, a fin de estar en posibilidad de plantear a la Comisión una visión más estructurada y eventuales conclusiones en torno a la práctica de los Estados.

8. Desde luego, los informes hasta ahora presentados han sido tomados en cuenta para la elaboración del presente informe y el Relator Especial desea dejar constancia de su agradecimiento a los Estados que enviaron informes sobre el particular. No obstante, las posibles conclusiones sobre la práctica de los Estados se dejarán para un momento posterior.

¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664.

² *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 27.

CAPÍTULO I

Análisis de las opiniones expresadas por los Estados Miembros

9. Durante el debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones, un importante número de delegaciones hizo referencia en sus intervenciones a la aplicación provisional de los tratados y, en particular, al primer informe del Relator Especial.

10. El Relator Especial desea expresar su sincero agradecimiento a todas las delegaciones por sus valiosas aportaciones, comentarios e insumos, los cuales han sido debidamente considerados para guiar el estudio sobre el tema en este segundo informe.

11. En sus intervenciones, los Estados miembros identificaron importantes áreas de estudio sobre la aplicación provisional de los tratados. Por ejemplo, algunos Estados sugirieron al Relator Especial enfocar su estudio en las formas mediante las cuales el Estado puede otorgar su consentimiento para aplicar provisionalmente un tratado. Otros sugirieron analizar si puede existir una «adhesión provisional» y si ello equipararía la aplicación provisional a la entrada en vigor del tratado. Se sugirió también estudiar el establecimiento provisional de órganos subsidiarios cuya creación derive del tratado mismo, así como

la aplicación provisional de tratados por parte de organizaciones internacionales. Estos y otros temas han sido recogidos en el resumen de los debates preparado por la Secretaría³.

12. En dichas aportaciones se plantean también preguntas relacionadas con los efectos jurídicos como, por ejemplo, si la aplicación provisional que inicia al momento de la firma tiene consecuencias distintas de aquella que inicia al momento de la ratificación o si la aplicación provisional se refiere al tratado en su totalidad o solo a ciertas disposiciones.

13. En términos generales, el Relator Especial ha podido identificar que el área de interés común a la gran mayoría de las delegaciones es, principalmente, el de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados.

14. Al respecto, al analizar la información ofrecida por los Estados hasta ahora podemos establecer que, sin lugar

³ Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666).

a dudas, la aplicación provisional de un tratado genera un vínculo jurídico y, por lo tanto, conlleva efectos jurídicos. Esto no parece ser cuestionado. Por el contrario, todos los comentarios o preguntas formuladas al Relator Especial presuponen precisamente que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos, inclusive más allá de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado en cuestión, contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969).

15. Además, el Relator Especial agradece y coincide con las opiniones de los miembros de la Comisión y de los Estados Miembros que se expresaron en el sentido de indicar que la labor de la Comisión no debe ser ni la de promover, ni la de desalentar el recurso a la aplicación provisional, sino ofrecer guías para su mejor entendimiento. En efecto, la aplicación provisional de un tratado debe ser entendida como una figura de carácter transitorio, de naturaleza hasta cierto punto paliativa, y nunca como un recurso para evitar la ratificación de los tratados y su entrada en vigor conforme a los requisitos que se dispongan en ellos.

16. En cuanto a la práctica de los Estados, tal y como le ha sido transmitida, el Relator Especial desea formular dos consideraciones.

17. Primero, de las intervenciones en la Sexta Comisión, resulta evidente que existe especial interés de los Estados en destacar que la aplicación provisional de un tratado dependerá también de lo que el derecho interno dicte y de las circunstancias particulares que prevalezcan en cada uno. Es decir, los Estados fueron muy cuidadosos en indicar que el recurso a la aplicación provisional, incluida la forma de expresar su consentimiento, se encuentra supeeditado a las reglas de derecho interno que regulen tal posibilidad. En ese contexto, algunos sugirieron la elaboración de un análisis comparativo de derecho interno, a fin de conocer con mayor profundidad el funcionamiento de esta figura al interior de los Estados.

18. Si bien el Relator Especial entiende la preocupación de los Estados por respetar los requisitos establecidos en su derecho interno, no es el objetivo del Relator Especial realizar un estudio comparativo de esta naturaleza. Para lograrlo se requeriría de un tiempo considerablemente mayor del que se dispone, al tiempo que existen dudas fundadas respecto de su utilidad para la Asamblea General.

En términos de derecho internacional, como fue declarado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, «las leyes nacionales son simples hechos que expresan la voluntad y constituyen la actividad de los Estados»⁴. Asimismo, los debates en la Comisión, desde el inicio de la consideración del tema, han apuntado a que el análisis del derecho interno no es pertinente para los fines del estudio de la aplicación provisional de los tratados.

19. El Relator Especial coincide con los comentarios realizados por algunos miembros de la Comisión en el sentido de que no resulta necesario para la Comisión estudiar la legislación nacional en la que se sustentan los Estados, a fin de recurrir o no a la aplicación provisional de un tratado. Por lo tanto, el análisis sobre la aplicación provisional de los tratados estará enfocado en sus efectos jurídicos en el plano internacional, teniendo siempre presente, claro, que la aplicación provisional puede dar lugar a que se actualice el supuesto de una violación manifiesta del derecho interno respecto de una norma de importancia fundamental en lo relativo a la competencia para celebrar tratados, que se dispone en el artículo 46, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969, como también fue sugerido por algunos miembros de la Comisión.

20. Segundo, hasta la fecha de la culminación de la elaboración del presente informe, la Comisión ha recibido informes sobre la práctica nacional en materia de aplicación provisional de tratados por parte de tan solo diez Estados: Alemania, Botswana, Estados Unidos, Federación de Rusia, México, Micronesia (Estados Federados de), Noruega, Reino Unido, República Checa y Suiza. El Relator Especial agradece cumplidamente su remisión: constituyen un gran complemento al debate sostenido en la Asamblea General y una fuente invaluable de información sobre la posición de estos Estados.

21. Resulta interesante señalar que un Estado, los Estados Federados de Micronesia, haya presentado a la Comisión un informe sobre su práctica, cuando dicho Estado no es parte en la Convención de Viena de 1969. Ello refleja, en opinión del Relator Especial, el interés que suscita el estudio del tema por parte de la Comisión.

22. Como ya se dijo, es la intención del Relator Especial recabar mayor información sobre la práctica de los Estados antes de presentar conclusiones derivadas de su análisis.

⁴ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fondo, fallo núm. 7, 1926, C.P.J.I. *serie A n.º 7*, pág. 19.

CAPÍTULO II

Efectos jurídicos de la aplicación provisional

23. Ya desde 1966, el Relator Especial Sr. Fitzmaurice, en el contexto de los trabajos sobre el derecho de los tratados, planteó a la Comisión que indudablemente las cláusulas de un tratado aplicadas provisionalmente tenían efectos jurídicos y *de facto* ponían tales cláusulas en vigor⁵. El memorando elaborado por la Secretaría en

2013, referido también en el primer informe del Relator Especial, señala que la posición general que ha mantenido la Comisión es que la aplicación provisional de un tratado resulta en la obligación de ejecutar dicho tratado, aunque solo sea de manera provisional⁶.

de que esas cláusulas tienen efecto jurídico y, provisionalmente, ponen el tratado en vigor».

⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 231, párr. 1 del comentario al artículo 22 (Entrada en vigor provisional): «Pero no cabe duda alguna

⁶ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658, párr. 66.

24. Tomando en consideración el análisis planteado en el primer informe sobre el tema, así como las aportaciones de los Estados, podemos partir de la premisa de que la aplicación provisional de los tratados genera efectos jurídicos, sin que ello deba interpretarse como una forma simplificada de la entrada en vigor del tratado o de algunas de sus disposiciones. Tuvimos la oportunidad de aclarar en el primer informe que la entrada en vigor obedece a un régimen jurídico distinto⁷.

25. No obstante y sin que de ello puedan desprenderse conclusiones distintas, Estados como Botswana o Noruega indicaron que el proceso seguido para permitir la aplicación provisional sería el mismo que se seguiría para buscar la ratificación y entrada en vigor de un tratado. Suiza, por ejemplo, considera también que la «aplicación provisional» y la «entrada en vigor provisional» no representan dos nociones jurídicas distintas, por lo que el tratamiento que se les da a estas figuras desde el punto de vista de los efectos jurídicos es el mismo. Inclusive cuestiona este último país si, en ese caso, resulta igualmente aplicable el régimen de reservas a la aplicación provisional. Por su parte, los Estados Unidos señalan que, en opinión de un miembro del Comité de Relaciones Exteriores del Senado, un tratado que se aplica de manera provisional tiene el mismo estatus legal que cualquier otro acuerdo de los Estados Unidos concluido por el Presidente, y que los tratados aplicados provisionalmente tienen efectos plenos a nivel interno, en tanto se toma la decisión de ratificarlos.

26. Tales efectos pueden tener un impacto tanto al interior del Estado, como en el plano internacional. Ello dependerá del tratado mismo, así como de las cláusulas específicas que se apliquen provisionalmente. También será pertinente la materia del tratado en cuestión. Los tratados en materia de derechos humanos o de desgravación arancelaria, por mencionar algunos, surtirán efectos principalmente al interior del Estado⁸.

27. Inclusive si se tomara en consideración la propuesta de algunos doctrinarios de considerar a la aplicación provisional no como la aplicación del tratado principal sino la de un acuerdo paralelo⁹, creado por virtud misma de la aplicación provisional, ello no afectaría la conclusión de que tal aplicación provisional surtiría efectos jurídicos.

28. Como ya hemos indicado y varios Estados Miembros lo recordaron, el uso de la aplicación provisional no se restringe a los Estados partes en un tratado; también las organizaciones internacionales pueden aplicar provisionalmente un tratado¹⁰, siempre que dicho tratado sea susceptible de firma y ratificación por estos sujetos de derecho internacional.

29. Asimismo, el caso *Kardassopoulos*¹¹, o bien el caso *Yukos*¹², en donde la disputa materia del arbitraje versaba sobre la interpretación y el alcance del artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, relativo a la aplicación provisional de dicho instrumento, evidencian que esta figura produce efectos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional. En este caso, el panel arbitral analizó el procedimiento para la aplicación provisional del Tratado, pero no cuestionó la validez jurídica de la figura de la aplicación provisional *per se*. Dicho de otra manera, el problema no era uno de derecho internacional público, sino de derecho constitucional de una de las partes en el litigio¹³.

30. Pero nunca olvidemos que los efectos de los tratados «se relacionan en primer lugar con los autores del acto: emanan de la voluntad de estos y no son nada distinto de esa voluntad»¹⁴. Los trabajos del Sr. Georg Nolte, Relator Especial sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados, han subrayado lo indispensable que resulta siempre descifrar la voluntad de las partes¹⁵.

31. Finalmente, el Relator Especial desea destacar la investigación académica sobre el carácter vinculante de las obligaciones emanadas de la aplicación provisional de los tratados realizada por Quast Mertsch, cuya obra en la materia es de gran valor para entender las características y los alcances de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados¹⁶.

A. Origen de las obligaciones

32. Al abordar la cuestión relativa al régimen jurídico de la aplicación provisional en su primer informe, el Relator Especial indicó que la fuente de las obligaciones de aplicar provisionalmente un tratado puede derivar de una cláusula del tratado o bien de un acuerdo separado o paralelo respecto del tratado principal; asimismo, indicó que la voluntad de aplicar provisionalmente un tratado puede manifestarse de manera expresa o tácita¹⁷.

33. Ello quiere decir que la naturaleza jurídica de las obligaciones, así como el alcance de los efectos jurídicos dependerán, en primera instancia, de aquello que se encuentre estipulado en el tratado en cuanto a la posibilidad de aplicarlo provisionalmente en su totalidad o en parte. En su informe relativo a su práctica, los Estados Unidos distinguen entre el catálogo de tratados que han

¹¹ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, laudo sobre jurisdicción de 6 de julio de 2007, caso CIADI núm. ARB/05/18, disponible en <http://icsid.worldbank.org/>.

¹² Corte Permanente de Arbitraje, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, laudo provisional sobre competencia y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, caso núm. AA 227.

¹³ Klaus, «The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties», pág. 4.

¹⁴ Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, pág. 116.

¹⁵ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660 (primer informe) y documento A/CN.4/671, reproducido en el presente volumen (segundo informe).

¹⁶ Véase Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*.

¹⁷ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párrs. 43 a 47.

⁷ Véase *ibíd.*, documento A/CN.4/664, párrs. 7 a 24.

⁸ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, pág. 74.

⁹ Vignes, «Une notion ambiguë: l'application à titre provisoire des traités», pág. 192.

¹⁰ Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, pág. 87.

aplicado de manera provisional total¹⁸ o parcialmente¹⁹, por ejemplo. El catálogo proporcionado incluye tratados con disposiciones de aplicación provisional sujeta a la legislación interna²⁰, con condiciones específicas de elegibilidad²¹, con excepciones²² y con límites temporales²³, entre otras.

34. El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 establece, en su parte pertinente:

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.

35. Esto supone que la aplicación provisional resulta de un acuerdo entre Estados negociadores, en los términos de la definición contenida en el artículo 2, párr. 1, apdo. e, de la Convención de Viena de 1969²⁴. Sin embargo, podríamos distinguir por lo menos cuatro tipos de situaciones:

a) Los casos en los que el tratado establece que será aplicado provisionalmente desde el momento de su adopción, es decir una vez que se han satisfecho los

¹⁸ Véase Acuerdo de Transporte Aéreo entre los Estados Unidos y Etiopía (Washington, 17 de mayo de 2005), *Treaties and Other International Acts Series* (TIAS) 06721.1; Protocolo Adicional al Acuerdo entre los Estados Unidos y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la Aplicación de Salvaguardias en los Estados Unidos de América (Viena, 12 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2593, núm. 20737; Acuerdo de Transporte Aéreo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de los Estados Unidos de América (San José, 8 de mayo de 1997), *Diario de Centro América*, núm. 48, 17 de septiembre de 2001; Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios; Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares; Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

¹⁹ Véase Tratado entre los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia sobre Medidas para la Ulterior Reducción y Limitación de las Armas Estratégicas Ofensivas y Protocolo (Praga, 8 de abril de 2010), TIAS 11205 (véase también ILM, vol. 50, núm. 3 (2011), pág. 340); Convenio Internacional de Telecomunicaciones.

²⁰ Véase 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; Acuerdo entre los Estados Unidos y Dinamarca sobre fortalecimiento de la cooperación en la prevención y la lucha contra los delitos graves (Copenhague, 14 de octubre de 2010), TIAS 11505; Acuerdo entre los Estados Unidos y la República Checa sobre fortalecimiento de la cooperación en la prevención y la lucha contra los delitos graves (Praga, 12 de noviembre de 2008), TIAS 10-0091; Acuerdo sobre la Aplicación Provisional del Acuerdo sobre el Establecimiento de la Organización Internacional de Energía de Fusión del ITER para la ejecución conjunta del proyecto ITER; Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía; Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

²¹ Véase Convenio sobre Asistencia Alimentaria; Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999; Convenio Internacional del Caucho Natural, 1994; Convenio Internacional del Azúcar, 1977.

²² Véase Pacto para el Milenio entre los Estados Unidos, actuando mediante la Corporation Millennium Challenge Compact, y Cabo Verde (Praia, 10 de febrero de 2012), TIAS 121130.1.

²³ Véase Documento acordado entre los Estados Partes en el Tratado sobre las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 19 de noviembre de 1990.

²⁴ Mathy, «Article 25», pág. 649.

requisitos a que se refieren los artículos 9 y 10 de la Convención de Viena de 1969 relativos a la adopción y autenticación del texto del tratado, respectivamente. En este caso, la obligación de un Estado de aplicar provisionalmente el tratado se genera por la sola participación de ese Estado en su adopción, y en ausencia de una disposición expresa, la obligación se genera como resultado de una expresión inequívoca del Estado en el sentido de aceptar la aplicación provisional, usualmente a través de su consentimiento a una decisión o resolución adoptada para tal efecto²⁵. Un Estado que no consiente a ello o que requiera un fundamento jurídico digamos más amplio, no estará sujeto a dicha obligación. Por ejemplo, como lo indicó la República Checa en el informe relativo a su práctica, el fundamento jurídico para la aplicación provisional de acuerdos concluidos entre la UE y terceros Estados u organizaciones internacionales se prevé en el artículo 218, párr. 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual establece lo siguiente:

El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor.

b) Aquellos casos en los que el tratado establece que será aplicado provisionalmente por los Estados signatarios del mismo, a través de cualquiera de las modalidades a que se refiere el artículo 10, apdo. b, de la Convención de Viena de 1969, en cuyo caso la obligación de aplicar provisionalmente el tratado se genera a partir de su firma, firma *ad referendum*, rúbrica o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto²⁶.

c) Aquellos casos en los que el tratado no obliga a los Estados negociadores, ni signatarios a aplicarlo provisionalmente, sino que deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida si desea o no aplicar provisionalmente el tratado, conforme a lo establecido en el artículo 25, párr. 1, apdo. a, de la Convención de Viena de 1969, en cualquier momento del proceso que va desde la adopción del texto hasta la entrada en vigor o incluso después de esta última. En estas circunstancias, una declaración unilateral podrá ser el medio de la expresión de la voluntad del Estado que genere las obligaciones derivadas de la aplicación provisional²⁷. Y cuando dos o más Estados convengan en aplicar provisionalmente un tratado, podrán hacerlo mediante un acuerdo paralelo, el cual puede revestir diversas formas. Por ejemplo, en el informe relativo a su práctica, los Estados Unidos han referido a la Comisión al Tratado de Asistencia Jurídica Mutua entre ese Estado y Ucrania²⁸, en donde ambas partes acordaron la aplicación provisional mediante un canje de notas diplomáticas.

d) Un último caso es el del tratado que guarda absoluto silencio respecto de la aplicación provisional. En este caso, conviene señalar, como hipótesis, la posibilidad de que uno o más Estados negociadores del tratado reaccionen ante la decisión de aquel o aquellos que hayan decidido aplicarlo provisionalmente, por el motivo que sea, pero aduciendo que el artículo 25, párr. 1, apdo. b,

²⁵ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 172.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Mathy, «Article 25», pág. 651.

²⁸ Tratado entre los Estados Unidos y Ucrania sobre Asistencia Jurídica Mutua (Kiev, 22 de julio de 1998), TIAS 12978.

alude a «los Estados negociadores», lo que haría suponer que se requiere el consentimiento de todos los Estados negociadores para que uno o más de estos apliquen provisionalmente el tratado. ¿Qué consecuencias jurídicas tendría una situación como esta? El Relator Especial no ha encontrado ejemplos de algo semejante, pero agradecerá la información que pueda dársele al respecto.

36. En suma, el origen de las obligaciones contraídas a raíz de la aplicación provisional puede tomar la forma de una o varias declaraciones unilaterales o revestir una forma contractual. En cualquier caso, es innegable que el compromiso de aplicar provisionalmente un tratado genera efectos jurídicos²⁹.

37. Respecto de las declaraciones unilaterales, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido lo siguiente:

Las declaraciones hechas a modo de actos unilaterales, concernientes a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. [...] Cuando la intención del Estado que hace la declaración es que este debe estar obligado de acuerdo con sus términos, dicha intención le confiere a la declaración el carácter de una acción legal, estando el Estado de ahí en adelante legalmente obligado a seguir el curso de conducta consistente con la declaración. Una acción de este tipo, si se hace de manera pública, y con la intención de estar vinculado, aun cuando no se haga en el contexto de negociaciones internacionales, es obligatoria. En estas circunstancias, nada en la naturaleza de la regla *quid pro quo* o en una aceptación subsecuente de la declaración, ni siquiera una respuesta o reacción por parte de otros Estados, se requiere para que la declaración tenga tal efecto, dado que dicho requisito sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por medio del cual el pronunciamiento de los Estados se ha realizado³⁰.

38. En ese entendido, la decisión de un Estado de aplicar provisionalmente un tratado constituye un acto unilateral autónomo, regido solo por la voluntad de dicho Estado, y genera una situación jurídica nueva para sí³¹, distinta de los derechos y obligaciones generados de manera contractual por el tratado mismo hacia las partes una vez que el tratado haya entrado en vigor.

39. Los Estados Unidos consideran, por ejemplo, que el poder del Presidente de decidir la aplicación provisional de un tratado de manera unilateral deviene exclusivamente de su derecho interno y que, en consecuencia, la aplicación provisional unilateral de un tratado será entendida como una cuestión de derecho constitucional.

40. Aquí resulta pertinente hacer referencia a la labor de la Comisión concerniente a los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y, en particular, a los principios rectores que figuran en el informe de la Comisión sobre su 58.º período de sesiones³², y de los cuales la Asamblea General recomendó su difusión en la resolución 61/34, de 4 de diciembre de 2006, que establecen los criterios básicos para que la declaración unilateral genere obligaciones de derecho internacional.

41. De manera especial, los principios 1³³, 3³⁴, 9³⁵ y 10³⁶ subrayan: los efectos que generan las obligaciones adquiridas respecto de terceros Estados, quienes tienen derecho de exigir el respeto de tales obligaciones; la necesidad de tener en cuenta las reacciones de esos terceros Estados para determinar los efectos jurídicos de la declaración unilateral; y las condiciones para revocar la declaración unilateral, en particular cuando otros sujetos de derecho internacional pueden alegar la exigibilidad de las obligaciones creadas por virtud de la declaración unilateral.

42. En cualquier caso, el factor determinante en la fuente de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional será la manifestación clara de la voluntad, la cual puede expresarse de manera escrita, oral, o bien a través de toda conducta que la exprese, en particular, a través de una conducta activa³⁷, si bien los principios rectores arriba señalados admiten que conductas informales o incluso, en ciertas situaciones, el silencio pueden generar los mismos efectos.

43. En suma, la forma por medio de la cual se exprese la voluntad de aplicar provisionalmente un tratado tendrá un impacto directo en el alcance de los derechos y las obligaciones que asumirá el Estado en cuestión.

B. Derechos

44. En los casos en que los Estados acuerdan que un tratado se aplicará provisionalmente desde el momento de su adopción o bien desde su firma, los derechos que los Estados se hayan otorgado en el tratado serán exigibles desde la adopción o la firma, respectivamente.

45. Esto es aún más evidente en los casos de tratados bilaterales en donde ambas partes acuerdan que el tratado se aplicará provisionalmente previo a su entrada en vigor. La Federación de Rusia ofreció algunos ejemplos en ese sentido en el informe sobre su práctica: el Acuerdo entre la Federación de Rusia y Serbia sobre Entregas de Gas Natural de la Federación de Rusia³⁸ y el Acuerdo de la

³³ *Ibíd.*, «Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones».

³⁴ *Ibíd.*, «Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron».

³⁵ *Ibíd.*, «De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración».

³⁶ *Ibíd.*, «Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: a) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; b) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; c) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias».

³⁷ Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, pág. 45.

³⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de la República de Serbia sobre Entregas de Gas Natural de la Federación de Rusia a la República de Serbia (Belgrado, 13 de octubre de 2012), Federación de Rusia, *Boletín de Tratados Internacionales*, 2014, n.º 8, págs. 60 a 63 [en ruso].

²⁹ Mathy, «Article 25», pág. 652.

³⁰ *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil* 1974, pág. 267, párr. 43; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 133.

³¹ Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, pág. 188.

³² El texto de los principios rectores y sus comentarios figura en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 176 y 177.

Federación de Rusia y Azerbaiyán sobre la Construcción de un Puente para Automóviles sobre el Río Samur en la Localidad de Yarag-Kazmalyar³⁹.

46. El primero estipula que el Acuerdo será aplicado provisionalmente a partir de la firma del mismo, mientras que el segundo establece que se aplicará provisionalmente 30 días después de firmado.

47. Similarmente, México cita en su informe sobre su práctica la aplicación provisional pactada en cuatro tratados bilaterales: el Convenio sobre Transportes Aéreos entre México y Colombia⁴⁰; el Acuerdo Comercial entre México y Gabón⁴¹; el Acuerdo de Cooperación Cultural, Científica y Técnica entre México y Gabón⁴²; y el Acuerdo General de Cooperación entre México y Gabón⁴³.

48. El primero establece en su artículo 17:

El presente Convenio se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma y entrará en vigor definitivamente el día que se señale en un Canje de Notas diplomáticas, que deberá efectuarse una vez que las Partes Contratantes hayan obtenido la aprobación que cada una de ellas requiera de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

49. El segundo se refiere a la «entrada en vigor» provisional en su artículo VIII, haciendo equiparable esta figura a la aplicación provisional:

El presente Acuerdo entrará en vigor provisionalmente en la fecha de su firma. La Ratificación se hará posteriormente según el procedimiento en vigor en cada uno de los Países.

50. El tercero y cuarto incluyen una cláusula muy similar al caso anterior en los artículos XV y V, respectivamente:

El presente Acuerdo entrará en vigor provisionalmente a partir de la fecha de su firma y definitivamente después del intercambio de los Instrumentos de Ratificación.

51. En dichas circunstancias, del tratado mismo surge el acuerdo entre las partes de aplicarlo provisionalmente, lo que, a su vez, da lugar a los derechos y obligaciones que se reconocen mutuamente y que, por lo tanto, serán exigibles y oponibles frente a terceros.

52. Cabe señalar que en el informe sobre su práctica, Alemania indicó que la mayoría de sus acuerdos bilaterales no contemplan la aplicación provisional, mientras que el Reino Unido ha remitido a la Comisión a un catálogo

³⁹ Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán sobre la Construcción de un Puente para Automóviles sobre el Río Samur en la Localidad de Yarag-Kazmalyar (Baku, 13 de agosto de 2013), *ibíd.*, n.º 10, págs. 35 a 40 [en ruso].

⁴⁰ Convenio sobre Transportes Aéreos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Colombia (Bogotá, 9 de enero de 1975), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1364, núm. 23023, pág. 249.

⁴¹ Acuerdo Comercial entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Gabonesa (México, D.F., 14 de septiembre de 1976), *ibíd.*, vol. 1379, núm. 23121, pág. 113.

⁴² Acuerdo de Cooperación Cultural, Científica y Técnica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Gabonesa (México, D.F., 14 de septiembre de 1976), *ibíd.*, vol. 1379, núm. 23120, pág. 103.

⁴³ Acuerdo General de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Gabonesa (México, D.F., 14 de septiembre de 1976), *ibíd.*, vol. 1400, núm. 23407, pág. 139.

importante de tratados que prevén la aplicación provisional, aclarando que, para ese Estado, en los casos de los llamados memorandos de entendimiento, la aplicación provisional no es jurídicamente vinculante *per se*, probablemente porque el Reino Unido no otorga rango de tratado a esta clase de instrumentos.

C. Obligaciones

53. La cuestión relativa al alcance de las obligaciones que derivan de la aplicación provisional es especialmente pertinente en aquellos casos en los que el tratado no obliga a los Estados negociadores, ni tampoco a los Estados signatarios, a aplicarlo provisionalmente, sino que deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida si desea o no aplicar provisionalmente el tratado.

54. En estos casos, como vimos, la naturaleza y el alcance de las obligaciones será equiparable a los que derivan de una declaración unilateral, a menos de que dos o más Estados celebren un acuerdo paralelo. Si bien en estos casos los Estados se habrán comprometido unilateralmente y de buena fe a aplicar provisionalmente el tratado o una parte de él, como lo estableció la Corte Internacional de Justicia en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, «ello no quiere decir que dicho Estado pueda enmendar a voluntad el alcance y contenido del compromiso que solemnemente ha adquirido»⁴⁴.

55. De tal suerte que el alcance de las obligaciones no podrá exceder lo expresamente establecido en el tratado; y, en razón de la necesidad de asegurar la estabilidad de las relaciones con los demás Estados negociadores o signatarios, se entenderá que el Estado no podrá alterar «el alcance y contenido del compromiso que solemnemente ha adquirido».

56. Un buen ejemplo de esta situación se refleja en la aplicación provisional prevista en el artículo 23 del recientemente adoptado Tratado sobre el Comercio de Armas, el cual establece:

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.

57. A la fecha de la elaboración del presente informe, 18 Estados han presentado una declaración de aplicación provisional de conformidad con el artículo antes citado: Alemania, Antigua y Barbuda, Austria, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Hungría, Islandia, Letonia, México, Noruega, Reino Unido, San Vicente y las Granadinas, Serbia, y Trinidad y Tobago; a excepción de España y Serbia, todos los Estados citados han ratificado el tratado⁴⁵.

58. De conformidad con sus declaraciones, los Estados mencionados se han comprometido unilateralmente

⁴⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 418, párr. 59; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188.

⁴⁵ Véase <http://disarmament.un.org/treaties/t/att>.

a aplicar en su ámbito interno los artículos 6 y 7 del Tratado sobre el Comercio de Armas («Prohibiciones» y «Exportación y evaluación de las exportaciones», respectivamente).

59. Llegados a este punto, nos sentimos obligados a intentar una distinción, si bien no queremos incurrir en categorizaciones demasiado generales que no se compatibilicen con la variedad de situaciones que se puedan presentar, por lo que siempre habrá que estar atento al caso de especie.

60. La distinción que proponemos es la de separar las obligaciones resultantes de la aplicación provisional que generan sus efectos exclusivamente en el ámbito interno del Estado que ha decidido recurrir a esta figura, respecto de las obligaciones que generen sus efectos en el plano internacional, incluyendo por supuesto a los demás Estados negociadores o signatarios del tratado.

61. Por ejemplo, si se está frente a un tratado multilateral de derechos humanos, generalmente el cumplimiento de la aplicación provisional puede solo ser exigible por parte de los individuos que adquieren derechos por virtud del tratado.

62. En cambio, en un caso como el del Tratado sobre el Comercio de Armas, la obligación de dar cumplimiento al proceso de evaluación de riesgo establecido en el tratado antes de autorizar una exportación tendrá efectos en el plano internacional, toda vez que se trata de una obligación exigible por el Estado importador.

63. Estos ejemplos nos llevan a preguntarnos si el ámbito de las obligaciones adquiridas por virtud de la aplicación provisional, interno o internacional, conduce a consecuencias jurídicas distintas en cuanto a sus efectos. Trátase de una cuestión que podremos ver con mayor claridad una vez que se cuente con un muestrario más representativo de la práctica de los Estados de lo que tenemos hasta ahora.

64. Y a este respecto, conviene también distinguir entre exigibilidad de la obligación adquirida respecto de su oponibilidad frente a terceros. Se trata de conceptos jurídicos distintos y, para efectos de nuestro estudio, solo la exigibilidad de la obligación es pertinente, por lo menos para este segundo informe.

65. En cualquier hipótesis, y más allá de estas distinciones, las obligaciones derivadas de la aplicación provisional están regidas por el principio *pacta sunt servanda* en tanto que constituyen un compromiso de cumplir de buena fe las obligaciones adquiridas por este medio⁴⁶.

66. Otro caso emblemático de estudio en cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación provisional y, en especial, relacionado con las obligaciones derivadas de esta figura, se refiere a la adhesión por parte de la República Árabe Siria a la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción. La República Árabe

Siria depositó su instrumento de adhesión a este tratado internacional el 14 de septiembre de 2013, el cual entró en vigor para ese Estado el 14 de octubre de ese mismo año⁴⁷. Sin embargo, al depositar su instrumento de adhesión, la República Árabe Siria declaró al Secretario General de las Naciones Unidas, en su calidad de depositario del tratado, que «cumpliría con las disposiciones contenidas en la Convención y las acataría sincera y fielmente, aplicando provisionalmente la Convención en tanto esta entre en vigor para la República Árabe Siria»⁴⁸.

67. Esto fue tomado como el fundamento del Consejo Ejecutivo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas para adoptar su decisión sobre la destrucción de las armas químicas de la República Árabe Siria, en donde afirmó que «la aplicación provisional de la Convención da efecto inmediato a sus provisiones respecto de la República Árabe Siria»⁴⁹.

68. En este caso, fue la decisión del Consejo Ejecutivo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas que reconocía los efectos jurídicos de la aplicación provisional lo que permitió la implementación inmediata del tratado a través del establecimiento de un plan de acción para el desarme químico en ese país, con carácter de obligatorio.

D. Terminación de las obligaciones

69. En su primer informe, el Relator Especial indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969, la terminación de la aplicación provisional puede darse mediante una notificación unilateral o bien en la forma en que hayan convenido los Estados negociadores⁵⁰.

70. Si partimos de la premisa de que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos de los cuales se desprenden derechos y obligaciones, entonces se puede suponer que el régimen que resulte de la terminación de la aplicación provisional debe ser *mutatis mutandis* aquel que resulte de la terminación de un tratado.

71. En ese caso, el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969 establece, en su parte pertinente, las consecuencias de la terminación de un tratado:

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

a) Eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

⁴⁷ Véase «Syria's accession to the Chemical Weapons Convention enters into force» en www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force/.

⁴⁸ Véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, cap. XXVI.3.

⁴⁹ EC-M-33/DEC.1, 27 de septiembre de 2013, párrafo preambular 11.

⁵⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664, párrs. 48 a 52.

⁴⁶ Véase Michie, «The provisional application of treaties in South African law and practice», pág. 6.

72. En la práctica, con excepción por ejemplo de tratados como los tratados multilaterales sobre derechos humanos, por lo general los tratados no contienen disposiciones relativas a las consecuencias o efectos de su terminación⁵¹.

73. Podemos suponer que el término «consecuencias» en el artículo 70 se refiere a los «efectos» de la terminación⁵² y como tal, establece el régimen general del derecho de los tratados para estos efectos.

74. En todo caso, un tratado puede contener cláusulas de transición sobre la aplicación parcial o total del instrumento en las que se acuerden actos que deban realizar los Estados durante o tras la terminación⁵³.

75. Resulta interesante notar que para algunos Estados, como México, en aquellos casos en los que la aplicación provisional tuviese que darse por terminada de manera anticipada, el Estado deberá cumplir con las obligaciones pactadas durante un período transitorio de eliminación gradual, de la misma manera que ocurre con la terminación de la vigencia de un tratado, conforme a lo dispuesto en el artículo 70, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969.

76. Este patrón de conducta muestra que algunos Estados asignan a los efectos de la aplicación provisional el mismo valor jurídico que a los efectos de un tratado en vigor.

77. Por otro lado, los Estados Unidos han señalado en el informe sobre su práctica que las cláusulas de terminación de la aplicación provisional pueden referirse a la entrada en vigor del tratado⁵⁴, a la determinación expresa de no ratificar el tratado⁵⁵ o al paso de un lapso de tiempo determinado⁵⁶, entre otras cuestiones.

78. Es necesario destacar que nada de lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 impide a un Estado dar por terminada la aplicación provisional y, en un momento posterior, reintegrarse al régimen del tratado a través de la ratificación o la adhesión al tratado.

79. La Convención de Viena de 1969 no dice nada al respecto, pues parte más bien del supuesto de que un Estado ha decidido dejar de aplicar provisionalmente un tratado por no tener la intención de convertirse en Estado

parte en un futuro, como señala el artículo 25, párr. 2; no obstante, esta decisión podría ser resultado de circunstancias internas de diversa índole —jurídicas o políticas— o bien, podría ser una forma de recordar a otros Estados negociadores o signatarios la importancia de llevar a cabo y concluir sus procesos de ratificación⁵⁷.

80. En cualquier caso, «el derecho internacional convencional general, jamás ha establecido una norma de no regreso en materia de suscripción de tratados»⁵⁸.

81. Y, en última instancia, la voluntad del Estado que ha decidido terminar la aplicación provisional del tratado en modo alguno está supeditada a tener que justificar frente a los demás Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente, o frente a los demás Estados negociadores o signatarios, si tal decisión obedece a otros motivos. Aun cuando en el proceso de negociación de la Convención de Viena de 1969 se discutieron varias ideas sobre la posible inclusión de una cláusula de terminación por retraso injustificado o por reducidas probabilidades de ratificación, estas ideas no prosperaron⁵⁹.

82. Habrá que tener en cuenta, sin embargo, que no se trate de una revocación arbitraria de la aplicación provisional, habida cuenta de las obligaciones a que ha dado lugar, como se establece en el principio rector 10 aplicable a los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas antes citado.

83. Por otro lado, la terminación de la aplicación provisional no prejuzga respecto de la terminación de las obligaciones creadas por la aplicación provisional antes de su terminación, como se indica en el artículo 70, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 respecto de la terminación del tratado.

84. En efecto, si consideramos que la aplicación provisional representa una etapa concebida para servir de transición hacia la entrada en vigor, el tratado deja de aplicarse provisionalmente precisamente con su entrada en vigor, pero es evidente que las obligaciones de cumplimiento al amparo de la aplicación provisional generarán los efectos jurídicos que corresponda en cada caso.

85. Ahora bien, si un tratado entra en vigor, la aplicación provisional terminará para los Estados partes, pero no para aquellos Estados que lo aplican provisionalmente y que aún no han expresado su consentimiento de ser partes en este⁶⁰. La Convención de Viena de 1969 privilegia el supuesto de que la aplicación provisional concluye con la entrada en vigor del tratado mas no prohíbe que esta aplicación provisional se prolongue en el tiempo para aquellos Estados que aún no estén en condiciones de ratificar o adherirse al tratado. Dicho supuesto también fue discutido durante las negociaciones que llevaron al artículo 25 de la Convención, pero las referencias de terminación por el paso del tiempo no prosperaron⁶¹.

⁵¹ Véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 78, párr. 2, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 58, párr. 2.

⁵² Ascensio, «Article 70», pág. 1586.

⁵³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 302.

⁵⁴ Véase 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; Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite «INTELSAT»; Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía.

⁵⁵ Véase Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite «INTELSAT»; Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía.

⁵⁶ Véase Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite «INTELSAT»; Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía; Acuerdo entre los Estados Unidos de América y Cuba que proroga la aplicación provisional del Acuerdo sobre fronteras marítimas de 16 de diciembre de 1977 (intercambio de notas, Washington y La Habana, 24 de noviembre de 2011 y 8 de febrero de 2012), TIAS 12-208.1.

⁵⁷ Rogoff y Gauditz, «The provisional application of international agreements», pág. 52.

⁵⁸ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, pág. 184.

⁵⁹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658, párrs. 101 a 108.

⁶⁰ Lefeber, «Treaties, provisional application», párr. 10.

⁶¹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658, párrs. 91 a 100.

CAPÍTULO III

Consecuencias jurídicas de la violación de un tratado aplicado provisionalmente

86. Toda vez que la aplicación provisional produce efectos jurídicos, y es susceptible de generar derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional, podemos concluir que la violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado generará también consecuencias jurídicas, incluyendo todas aquellas que establece el derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

87. De conformidad con el régimen de tratados establecido en la Convención de Viena de 1969, en particular el artículo 60, la aplicación de un tratado se podría suspender o dar por terminada como consecuencia de su violación.

88. Podríamos suponer que, en aquellos casos antes referidos en los que la aplicación provisional es resultado de un acuerdo entre dos o más Estados, la violación del tratado aplicado provisionalmente también podría dar pie a la terminación o suspensión de la aplicación provisional por parte de aquel o aquellos Estados que se hayan visto afectados por tal violación.

89. El principio de derecho internacional *inadimplenti non est adimplendum*, universalmente reconocido⁶², subyace en esta consecuencia jurídica. Dicho principio modifica la regla consagrada en la máxima *pacta sunt servanda* e incorpora la noción de reciprocidad negativa⁶³.

90. Esta circunstancia podría presentarse con mayor facilidad en el caso de violaciones en la aplicación provisional de tratados bilaterales. En cualquier caso, «[l]a violación no implica indefectiblemente la terminación del tratado, ni la afectación integral de la convención»⁶⁴.

91. Como ya ha sido establecido por esta Comisión en el comentario al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, es un principio de derecho internacional que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su

responsabilidad internacional⁶⁵. Este principio ha sido reiterado ampliamente en la jurisprudencia internacional⁶⁶.

92. Por otro lado, el artículo 2, que se refiere a los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado, establece que:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

93. Dado que ya se ha establecido que la aplicación provisional puede generar obligaciones a cargo del Estado, en tanto actos atribuibles a este que constituyan una violación de una obligación internacional, se configurará la hipótesis prevista en el artículo citado.

94. El Relator Especial coincide con la opinión expresada por varios miembros de esta Comisión durante los debates en torno a este tema, en el sentido de reiterar que el régimen existente relativo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos resulta igualmente aplicable a los casos de violaciones por parte de un Estado de las obligaciones que se desprendan de la aplicación provisional de un tratado.

95. En esas circunstancias, el Relator Especial se abstendrá de profundizar sobre el tema del régimen de responsabilidad y se limitará a reiterar la vigencia del régimen jurídico existente.

⁶⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párr. 1 del comentario al artículo 1.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Phosphates du Maroc*, fallo (excepciones preliminares), 1937, C.P.J.I. *serie A/B* n.º 74, pág. 28; *Vapeur Wimbledon*, fallo, 1923, C.P.J.I. *serie A* n.º 1, pág. 30; *Usine de Chorzów*, competencia, fallo, 1927, C.P.J.I. *serie n.º* 9, pág. 21; *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, C.I.J. *Recueil* 1949, pág. 4 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 7); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fallo, fondo, C.I.J. *Recueil* 1986, pág. 142, párr. 283 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 210); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, fallo, C.I.J. *Recueil* 1997, pág. 38, párr. 47 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1997-2002*, pág. 1); *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil* 1949, pág. 174 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 10).

⁶² *Prises d'eau à la Meuse*, fallo, 1937, C.P.J.I. *serie A/B* n.º 70, opinión disidente del magistrado Anzilotti, pág. 50.

⁶³ Simma y Tams, «Article 60», pág. 1353.

⁶⁴ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, págs. 191 y 192.

CAPÍTULO IV

Conclusión

96. El Relator Especial no estima necesario volver en este segundo informe sobre la cuestión de cuál debería ser el resultado final del tema bajo estudio y se limita a remitir al lector a las ideas esbozadas en su primer informe y en la presentación que hizo ante la Comisión.

97. El Relator Especial quisiera ser más preciso en cuanto a su plan de trabajo futuro, pero debe señalar que depende mucho para ello de que pueda obtener mayor información sobre la práctica de los Estados que le

permita hacer un muestrario representativo de tal práctica del que puedan desprenderse algunas conclusiones.

98. En cualquier caso, el Relator Especial sabe que deberá también abordar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por parte de las organizaciones internacionales. Ese será por supuesto un tema para la continuación de los trabajos del Relator Especial. Desde luego, el Relator Especial quedará sumamente agradecido por la orientación y el consejo que al respecto reciba de los miembros de la Comisión.

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/672

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

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

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	177
Obras citadas en el presente informe	178
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1–11 183
<i>Capítulos</i>	
I. ALCANCE Y RESULTADOS DEL TEMA.....	12–15 185
II. TÉRMINOS EMPLEADOS	16–20 185
III. ENFOQUE BÁSICO: DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	21–31 186
IV. UNA PRÁCTICA GENERAL	32–59 191
V. ACEPTADA COMO DERECHO.....	60–80 206
VI. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO.....	81–84 218
ANEXO. Proyectos de conclusión propuestos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.....	220

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

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

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

Fuente

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

Obras citadas en el presente informe

- ACEVES, William J.
«The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), págs. 995 a 1068.
- AKEHURST, Michael
«Custom as a Source of International Law», *BYBIL 1974-1975*, vol. 47 (1977), págs. 1 a 53.
- ALVAREZ, Jose E.
International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- AMERICAN LAW INSTITUTE
Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, St. Paul, American Law Institute, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano
«Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of “Spontaneous” International Custom», en *Droit Du Pouvoir; Pouvoir du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 93 a 124.
- AREND, Anthony Clark
Legal Rules and International Society, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- AZNAR, Mariano J.
«The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), págs. 1 a 51.
- BARBOZA, Julio
«The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly», en Calixto A. Armas Barea y otros (eds.), *Liber Amicorum «In Memoriam» of Judge José María Ruda*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, págs. 1 a 14.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law», *BYBIL 1965-66*, vol. 41 (1968), págs. 275 a 300.
«Treaties and Custom», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129, Dordrecht, Kluwer, 1993, págs. 25 a 74.
- BELLINGER, John B. y William J. HAYNES,
«A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), págs. 443 a 471.
- BERNHARDT, R.
«Custom and Treaty in the Law of the Sea», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205, Dordrecht, Kluwer, 1989, págs. 247 a 330.
- BIRNIE, P. W. y A. E. BOYLE
International Law and the Environment, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BODANSKY, Daniel
«Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), págs. 105 a 119.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Yuefen LI y Marie SUDREAU
«Emerging customary international law in sovereign debt governance?», *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2013), págs. 55 a 72.
- Bos, Maarten
«The Identification of Custom in International Law», *German Yearbook of International Law*, 1982, págs. 9 a 53.
A Methodology of International Law, Amsterdam, North-Holland, 1984.
- BOYLE, Alan y Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRIGGS, Herbert W.
«Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», *AJIL*, vol. 45 (1951), págs. 728 a 731.
- BROWNLIE, Ian
The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998.
«Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom», *Studi di diritto internazionale in onore di*

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

BUERGENTHAL, Thomas y Sean D. MURPHY

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

BYERS, Michael

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

CAHIN, Gerard

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

CAI, Congyan

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

CARTY, Anthony

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

CASELLA, Paulo Borba

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

CASSESE, Antonio

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

CHARNEY, Jonathan

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

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

CHEN, Lung-Chu

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

CHENG, Bin

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

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

CLAPHAM, Andrew

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

CONFORTI, Benedetto y Angelo LABELLA

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

CORTEN, Olivier

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

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

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

CRAWFORD, James

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

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

CROOTOF, Rebecca

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

CRYER, Robert

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

D'AMATO, Anthony

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

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

D'ASPREMONT, Jean

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

DAHLMAN, Christian

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

DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU y Alain PELLET

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

DAMROSCH, Lori Fisler y otros

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

DANILENKO, Gennady M.

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

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

DE VISSCHER, Charles

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

DEGAN, V. D.

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

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel

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

DINSTEIN, Yoram

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

DUGARD, John

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

- DUPUY, Pierre-Marie y Yann KERBRAT
Droit international public, 10.ª ed., París, Dalloz, 2010.
- ELIAS, Olufemi
 «The Nature of the Subjective Element in Customary International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), págs. 501 a 520.
- ELIAS, Olufemi y C. L. LIM
The Paradox of Consensualism in International Law, La Haya, Kluwer Law International, 1998.
- FERRARI BRAVO, Luigi
 «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1985-III*, vol. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 233 a 330.
- FIDLER, David P.
 «Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), págs. 198 a 248.
- FITZMAURICE, Gerald
 «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», *BYBIL* 1953, vol. 30 (1954), págs. 1 a 70.
- FUMAGALLI, Luigi
 «Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Custom», en Nerina Boschiero y otros (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Asser Press, 2013, págs. 137 a 146.
- GÉNY, François
Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2.ª ed. rev. act., París, LGDJ, 1919.
- GUNNING, Isabelle
 «Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), págs. 211 a 247.
- GUZMAN, Andrew T. y Timothy L. MEYER
 «Customary International Law in the 21st Century», en Russell A. Miller y Rebecca M. Bratpies (eds.), *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- HANNIKAINEN, Lauri
 «The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), págs. 125 a 141.
- HIGGINS, Rosalyn
The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.
Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HOFFMEISTER, Frank
 «The Contribution of EU Practice to International Law», en Marise Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 37 a 127.
- HUDSON, Manley O.
The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 — a Treatise, Nueva York, Macmillan, 1943.
- HUESA VINAIXA, Rosario
El Nuevo Alcance de la «Opinio Iuris» en el Derecho Internacional Contemporáneo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.
- JENNINGS, Robert
 «What is international law and how do we tell it when we see it?», *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), págs. 59 a 88.
 «The Identification of International Law», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 3 a 9.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, 9.ª ed., vol. I, *Peace*, Harlow, Longman, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
 «International Law in the Past Third of a Century», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978-I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff y Noordhoff, 1979, págs. 2 a 343.
- JOHNSTONE, Ian
 «Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations», *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), págs. 87 a 122.
- KADENS, Emily y Ernest A. YOUNG
 «How Customary Is Customary International Law?», *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), págs. 885 a 920.
- KAMMERHOFER, Jörg
Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, Routledge, 2011.
 «Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship», en Matthew Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World*, Londres, Routledge, 2012, págs. 138 a 157.
 «Law-making by Scholars», en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, de próxima aparición.
- KELSEN, Hans
 «Théorie du droit international coutumier», en Charles Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international*, París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 61 a 84.
- KLABBERS, Jan
 «International Organizations in the Formation of Customary International Law», en Enzo Cannizzaro y Paolo Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KIRGIS, Jr., Frederic L.
 «Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81 (1987), págs. 146 a 151.
- KOLB, Robert
 «Selected Problems in the Theory of Customary International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, núm. 2 (agosto de 2003), págs. 119 a 150.
- KOPELMANAS, Lazare
 «Custom as a Means of the Creation of International Law», *BYBIL* 1937, vol. 18, págs. 127 a 151.
- KOSKENNIEMI, Martti
 «Theory: Implications for the Practitioner», en *Theory and International Law: An Introduction*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1991, págs. 1 a 45.

- KUNZ, Joseph L.
«The Nature of Customary International Law», *AJIL*, vol. 47, núm. 4 (octubre de 1953), págs. 662 a 669.
- LAUTERPACHT, Hersch
«Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law», *BYBIL* 1929, vol. 10, págs. 65 a 95.
«Sovereignty over Submarine Areas», *BYBIL* 1950, vol. 27 (1951), págs. 376 a 433.
The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens & Sons, 1958.
- LEFKOWITZ, David
«(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law: A Hartian Approach», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), págs. 129 a 148.
- LEPARD, Brian D.
Customary International Law: A New Theory with Practical Implications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LOWE, Vaughan
International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACGIBBON, Iain
«Customary International Law and Acquiescence», *BYBIL* 1957, vol. 33 (1958), págs. 115 a 145.
«Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity», en Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, págs. 10 a 26.
- MALUWA, Tiyanjana
«Custom, Authority and Law: Some Jurisprudential Perspectives on the Theory of Customary International Law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), págs. 387 a 410.
- MEIJERS, Herman
«How is International Law Made? — The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), págs. 3 a 26.
«On International Customary Law in The Netherlands», en Ige F. Dekker y Harry H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 77 a 128.
- MENDELSON, Maurice
«The Subjective Element in Customary International Law», *BYBIL* 1995, vol. 66 (1996), págs. 177 a 208.
«The Formation of Customary International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1998, vol. 272, La Haya, Martinus Nijhoff, 1999, págs. 155 a 410.
- MILLÁN MORO, Lucía
La «Opinio Iuris» en el Derecho Internacional Contemporáneo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- MOREMEN, Philip M.
«National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32 (2006), págs. 259 a 309.
- MÜLLERSON, Rein
«On the Nature and Scope of Customary International Law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), págs. 341 a 360.
«The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law», en Karel Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 161 a 178.
- MURPHY, Sean D.
Principles of International Law, 2.ª ed., St. Paul, West, 2012.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- PAASIVIRTA, Esa y Pieter Jan KUIJPER
«Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), págs. 169 a 226.
- PALCHETTI, Paolo
«De Facto Organs of a State», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 1048 a 1052.
- PARRY, Clive
«The Practice of States», *The Grotius Society Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1958, págs. 145 a 186.
- PAUST, Jordan J.
«Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion», *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), págs. 977 a 1004.
- PELLET, Alain
«Article 38», en Andreas Zimmermann y otros, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 731 a 870.
- PETRIČ, Ernest
«Customary International Law in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia», de próxima aparición.
- REISMAN, W. Michael
«The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application», en Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 15 a 30.
- ROBERTS, Anthea
«Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), págs. 57 a 92.
- ROBERTS, Anthea y Sandesh SIVAKUMARAN
«Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law», *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), págs. 107 a 152.
- ROSENNE, Shabtai
Practice and Methods of International Law, Londres, Oceana Publications, 1984.
- SANTULLI, Carlo
Introduction au droit international, París, Pedone, 2013.
- SCHACHTER, Oscar
«Entangled Treaty and Custom», en Yoram Dinstein y M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 717 a 738.
- SCHARF, Michael P.
Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

- SÉFÉRIADÈS, S.
«Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43, núm. 2 (1936), págs. 129 a 196.
- SENDER, Omri y Michael WOOD
«The emergence of customary international law: Between theory and practice», en Catherine Brölmann y Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, de próxima aparición.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SINCLAIR, Ian
«The Impact of the Unratified Codification Convention», en Adriaan Bos y Hugo Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 211 a 229.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof
«Elements of Custom and the Hague Court», *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 31 (1971), págs. 810 a 854.
- SLAMA, Jo Lynn
«*Opinio Juris* in Customary International Law», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), págs. 603 a 656.
- SOHN, L.B.
«Unratified Treaties as a Source of Customary International Law», en Adriaan Bos y Hugo Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: essays in international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 231 a 246.
- STEER, Cassandra
«Non-state actors in international criminal law», en Jean D'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Londres, Routledge, 2011, págs. 295 a 310.
- STERN, Brigitte
«Custom at the Heart of International Law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, núm. 1 (2001), págs. 89 a 108.
- STRUPP, Karl
«Les règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1934-I*, vol. 47, Leiden, Sijthoff, 1968, págs. 259 a 595.
- SUY, Eric
«Innovations in International Law-Making Processes», en Ronald St. John Macdonald y otros (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff y Noordhoff, 1978, págs. 187 a 200.
- TAKI, Hiroshi
«*Opinio Juris* and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis», *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), págs. 447 a 466.
- TASIOULAS, John
«*Opinio Juris* and the Genesis of Custom: A Solution to the "Paradox"», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), págs. 199 a 205.
- THIRLWAY, Hugh
International Customary Law and Codification, Leiden, Sijthoff, 1972.
«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», *BYBIL* 1990, vol. 61 (1991), págs. 1 a 133.
The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- TOMKA, Peter
«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 2 (2013), págs. 195 a 216.
- TREVES, Tullio
«Customary International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 937 a 957.
- TUNKIN, G. I.
«Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law», *California Law Review*, vol. 49 (1961), págs. 419 a 430.
- VAN HOOF, G. J. H.
Rethinking the Sources of International Law, Antwerp, Kluwer Law y Taxation Publishers, 1983.
- VANHAMME, Jan
«Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), págs. 127 a 154.
- VERDROSS, Alfred
«Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts», *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 29 (1969), págs. 635 a 653.
- VILLIGER, Mark E.
Customary International Law and Treaties, 2.ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 1997.
- WALDOCK, Humphrey
«General Course on Public International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1962-II*, vol. 106, Dordrecht, Kluwer, 1993, págs. 247 a 330.
- WALTER, Christian
«Subjects of International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 636 a 643.
- WEISBURD, Arthur M.
«Customary international Law: The Problem of Treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), págs. 1 a 46.
«The International Court of Justice and the Concept of State Practice», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), págs. 295 a 372.
- WOLFKE, Karol
Custom in Present International Law, 2.ª ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), La Haya, Martinus Nijhoff, págs. 1 a 16.
«Treaties and Custom: Aspects of Interrelation», en Jan Klabbers y René Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 31 a 39.
- WOLFRUM, Rüdiger
«Sources of International Law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, págs. 299 a 313.

WOOD, Michael y Omri SENDER

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

WORSTER, William Thomas

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

WOUTERS, Jan y Philip DE MAN

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

WUERTH, Ingrid

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

YEE, Sienho

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

ZEMANEK, Karl

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

Introducción

1. En su 64.º período de sesiones, en 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario» en su programa de trabajo actual y celebró un debate inicial sobre la base de una nota elaborada por el Relator Especial, Sr. Michael Wood¹. También en 2012, la Asamblea General, tras el debate celebrado en la Sexta Comisión, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo².

2. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión celebró un debate general³ sobre la base del primer informe del Relator Especial⁴, que era de carácter introductorio, y de un memorando de la Secretaría sobre los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema⁵. Teniendo en cuenta el debate, y tras celebrar consultas officiosas, la Comisión decidió cambiar el título del tema al de «Identificación del derecho internacional consuetudinario». Esto se hizo en parte para evitar dificultades en la traducción del término inglés «evidence» a los demás idiomas oficiales de las Naciones Unidas y para subrayar que el principal objetivo del tema era ofrecer orientación a los que están llamados a identificar la existencia de una norma de derecho internacional. El título se cambió en el entendido de que el ámbito del tema seguía incluyendo tanto las cuestiones relacionadas con lo que en el seno de la Comisión se denominó «elementos de formación» como las relativas a la documentación o prueba del derecho internacional consuetudinario⁶.

3. Por lo demás, el Relator Especial extrajo las siguientes conclusiones⁷ del debate y las consultas officiosas:

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

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

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

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

encuentran estrechamente relacionadas, dado que, por una parte, el proceso de formación determina el modo de identificación de las normas consuetudinarias y, por otra, la acción de determinar la costumbre o sus elementos influye en su desarrollo posterior. Esta interdependencia se desprende ya con claridad del contenido del Artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte [Internacional de Justicia]).

⁷ *Anuario... 2013*, vol. I, 3186.ª sesión.

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

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

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

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

⁵ Véase ibíd., documento A/CN.4/659.

⁶ Ibíd., vol. I, 3186.ª sesión. En este contexto, merece la pena destacar la observación de Jennings de que «en derecho internacional las cuestiones de si existe una norma de derecho consuetudinario y cómo se forma el derecho consuetudinario tienden a fusionarse en la práctica» («What is international law and how do we tell it when we see it?», pág. 60). Véase también Wolfke, *Custom in Present International Law*, pág. 116 («La determinación y la formación del derecho internacional consuetudinario son cuestiones que, por necesidad, se

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

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

5. Las delegaciones reafirmaron la importancia de que, al identificar el derecho internacional consuetudinario, se tuviera en cuenta en la medida de lo posible la práctica de los Estados de todas las regiones, aunque observaron que relativamente pocos Estados compilaban y publicaban su práctica de manera sistemática. Se expresó cautela en cuanto al análisis de la práctica de los Estados, en particular en lo que respecta a las decisiones de los tribunales nacionales y regionales. También se sugirió que se examinara la práctica de las organizaciones internacionales⁹.

6. Una o dos delegaciones propusieron que la forma que había de revestir el resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema debía examinarse en una etapa más avanzada; no obstante, la actual intención de la Comisión de que el resultado adopte la forma de «conclusiones» con comentarios recibió amplio apoyo. Se destacó la importancia de no ser excesivamente prescriptivo, así como la idea de que debía preservarse la flexibilidad del derecho internacional consuetudinario¹⁰.

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

faciliten información, antes del 31 de enero de 2014, sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de documentación adecuados para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se manifiesta en:

a) declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y

b) resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales¹¹.

En el momento de redactar el presente informe se había recibido información por escrito de nueve Estados¹², por lo que el Relator Especial estaba muy agradecido. Se agradecería que se enviaran nuevas contribuciones en cualquier momento.

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

⁹ *Ibid.*, párrs. 45 y 46.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 47.

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

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

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

9. En el primer informe¹³ se describió el material de consulta básico a los efectos del presente tema y se examinaron ciertas cuestiones preliminares. Este segundo informe se ocupa de cuestiones centrales relativas al enfoque para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario «general», en particular los dos elementos constitutivos y el modo de determinar su concurrencia. En el capítulo I del informe, que trata del alcance y los resultados del tema, se explica que los proyectos de conclusión se refieren al método para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario y no entran a analizar el contenido sustantivo de tales normas. El capítulo II, relativo a los términos empleados, incluye una definición de derecho internacional consuetudinario que se inspira en la redacción del Artículo 38, párr.1, apdo. *b* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque no se refiere directamente a esa disposición. El capítulo III describe en términos generales el enfoque básico consistente en «dos elementos», a saber, una «práctica general» y su «aceptación como derecho» (a los que suele denominarse «práctica de los Estados» y «*opinio juris*», respectivamente). A continuación, en los capítulos IV y V se realiza un examen más detallado de los dos elementos, que (como se explica en el capítulo VI relativo al programa de trabajo futuro) continuará en el tercer informe.

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

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

¹³ Véase la nota 4 *supra*.

CAPÍTULO I

Alcance y resultados del tema

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

la cuestión de las fuentes es [...] de importancia fundamental, y los debates jurisprudenciales y filosóficos que siguen manteniéndose tienen una relevancia que trasciende lo académico. Es correcto y lógico que ocupen nuestra atención, como lo es participar en los intercambios intelectuales. No obstante, no debemos ignorar que la necesidad de tales debates es un reconocimiento doloroso de las imperfecciones de un sistema jurídico¹⁴.

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

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

metodológica de la identificación del derecho internacional consuetudinario.

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

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

«Proyecto de conclusión 1. Alcance

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

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

CAPÍTULO II

Términos empleados

16. En su primer informe, el Relator Especial propuso una definición de «derecho internacional consuetudinario» que consistía en una mera referencia al Artículo 38, párr. 1, apdo. b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵. Varios miembros de la Comisión no consideraron plenamente satisfactoria la inclusión de esa referencia, tanto porque el texto dejaba de ser autónomo como porque podía entenderse que se basaba excesivamente en el Estatuto, cuyos términos solo se aplicaban a la Corte¹⁶.

17. Por consiguiente, el Relator Especial propone que la Comisión adopte una definición de derecho internacional

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

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

consuetudinario que se base en la redacción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sin referirse directamente a él. Esto tendría la ventaja de mantener los conceptos fundamentales («una práctica general»; «aceptada como derecho»), que constituyen la base del enfoque no solo de la propia Corte Internacional de Justicia sino también de otros tribunales y cortes y de los Estados¹⁷. La redacción del Artículo 38, párr. 1, apdo. b, que data de hace casi un siglo, se sigue utilizando ampliamente como referencia y conserva intacta su pertinencia. En efecto, comparada con los términos que tal vez sean hoy los más utilizados («práctica de los Estados» y «*opinio juris*»), la redacción del Estatuto parece menos problemática y, de hecho, más moderna. En cualquier caso, la división en dos elementos diferenciados que se desprende de la redacción del Estatuto «constituye una herramienta extremadamente útil para “descubrir” normas consuetudinarias»¹⁸.

¹⁷ Véanse los párrafos 24 y 25 *infra*.

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

(Continuación en la página siguiente.)

18. Otro término que tal vez resulte útil definir es «organización internacional». Parecería apropiado que se adoptara la definición utilizada en el artículo 1, párr. 1, apdo. *l*), de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y en el artículo 2, párr. 1, apdo. *i*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, esto es, que por «organización internacional» se entienda una «organización intergubernamental». Como se desprende claramente del comentario de la Comisión, la definición más elaborada que se emplea en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se concibió para las circunstancias particulares de ese tema¹⁹. En el presente contexto, parecería preferible la definición más general y amplia.

19. A medida que avance la labor sobre el tema, podrá considerarse si hay más términos que deban definirse.

(Continuación de la nota 18.)

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

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

Si finalmente existe una disposición sobre los «términos empleados», tal vez sea deseable incluir una cláusula de salvaguardia similar a las que figuran en anteriores textos basados en proyectos de la Comisión, como el artículo 2, párr. 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes²⁰.

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

«Proyecto de conclusión 2. Términos empleados»

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

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

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

c) ...»

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

CAPÍTULO III

Enfoque básico: dos elementos constitutivos

21. El presente informe parte de la base de que para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario se necesita evaluar tanto la práctica como la aceptación de esa práctica como derecho (enfoque basado en «dos elementos»)²¹. Este enfoque recibió amplio apoyo en la Comisión de Derecho Internacional durante su debate de 2013, así como en la Sexta Comisión²². Como se explica más adelante, el enfoque basado en dos elementos es efectivamente el que se sigue de forma general en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales y cortes internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia. También ha recibido un amplio respaldo por parte de la doctrina.

22. Conforme a este planteamiento, puede decirse que existe una norma de derecho internacional consuetudinario cuando hay una «práctica general» que es «aceptada como derecho». Estos dos requisitos, «criterios que [la Corte Internacional de Justicia] ha utilizado en repetidas ocasiones para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario»²³,

deben concurrir en cualquier caso que se plantee para apoyar la conclusión de que ha surgido una norma perentiva de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, para analizar de manera convincente si existe una norma de derecho internacional consuetudinario, «sería necesario comprobar que tal norma cumple

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

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

²² Véase también el párrafo 24 *infra*.

²³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 122, párr. 55; a continuación, en el mismo párrafo, la Corte Internacional de Justicia especificó que «[e]n particular [...] la existencia de una norma de

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

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

es evidente que sin práctica (*consuetudo*) sería erróneo hablar de derecho internacional consuetudinario, ya que la práctica constituye precisamente la principal *differentia specifica* de ese tipo de derecho internacional. Por otra parte, sin el elemento subjetivo de la aceptación de la práctica como derecho, desaparecería la diferencia entre costumbre internacional y mera regularidad de comportamiento (*usus*) u otras normas de conducta no jurídicas²⁵.

24. El enfoque basado en dos elementos encuentra un amplio respaldo en la práctica de los Estados. Para mencionar solo varios ejemplos recientes, los Estados Unidos, Rwanda y el Uruguay han manifestado, en tratados bilaterales de inversión, «su común entendimiento» de que el derecho internacional consuetudinario «resulta de una práctica general y constante seguida por los Estados a la que se asigna carácter legal y obligatorio»²⁶. De modo similar, los Países Bajos y el Reino Unido han declarado que «los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario [son] la práctica generalizada y reiterada de los Estados (práctica de los Estados) y la creencia de que el cumplimiento es obligatorio por tratarse de una norma jurídica (*opinio juris*)»²⁷. Esa posición recibió el apoyo del conjunto de los Estados miembros de la UE en las Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario, que definen el derecho internacional consuetudinario como una fuente del derecho internacional que «procede de los usos y costumbres de los Estados, considerados de obligado cumplimiento»²⁸. En Singapur, el Tribunal Supremo ha declarado que «una práctica generalizada y prácticamente uniforme de todos los Estados [...], junto con la *opinio juris*, es lo que se necesita para que la norma en cuestión pase a ser una norma de derecho internacional consuetudinario»²⁹, y, en Eslovenia, el Tribunal Constitucional ha manifestado igualmente que esas normas «pueden pasar a ser obligatorias como derecho

internacional consuetudinario cuando las aplican un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional»³⁰. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la República Checa también han reconocido el carácter esencial de ambos elementos³¹, al igual que el Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda, que ha observado que «el derecho internacional consuetudinario, conjunto de normas (no escritas) de derecho internacional que vinculan a todos los Estados [...], surge cuando los Estados siguen ciertas prácticas de forma general y reiterada por considerarlas jurídicamente obligatorias»³². El hecho de que para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario se requiera una práctica general y su aceptación como derecho ha sido reconocido además por Austria, la Federación de Rusia, la India, Israel, la República Islámica del Irán, Malasia, los países nórdicos, Portugal, Sudáfrica y Viet Nam, entre otros, en sus intervenciones en los debates de la Sexta Comisión sobre los informes de la Comisión de Derecho Internacional correspondientes a 2012 y 2013³³. En alegaciones recientes ante la Corte Internacional de Justicia, los Estados siguen basando sus argumentos en el enfoque basado en los dos elementos³⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

26. La mayoría de los autores también adoptan el enfoque basado en dos elementos. Tal planteamiento se encuentra en manuales y tratados de derecho internacional público³⁶ y en monografías sobre la costumbre o que se refieren a ella, ya se ocupen específicamente de las fuentes³⁷ o de otros temas de derecho internacional³⁸.

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

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

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

³⁸ Por ejemplo, Corten, *Le droit contre la guerre*; para una edición anterior en inglés, véase Corten, *The Law Against War: The Prohibition*

Por ejemplo, en *Oppenheim* se afirma que «los términos del Artículo 38 1) b) [...] indican claramente que hay dos elementos esenciales de la costumbre, a saber, la práctica y la *opinio juris*»³⁹. Y en la última edición de *Brierly's Law of Nations: An Introduction to The Role of Law in International Relations* se observa que

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

27. Como se observó en el primer informe, algunos autores han tratado de concebir enfoques alternativos, a menudo destacando un elemento constitutivo frente a otro, ya sea la práctica o la *opinio juris*, o incluso excluyendo totalmente algunos de los elementos⁴¹. También ocurrió así, hasta cierto punto, con la labor de la Asociación de Derecho Internacional que culminó en 2000 en su Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General⁴², que tendió a rebajar la función del elemento subjetivo⁴³. Aunque tales estudios siempre son interesantes y estimulantes, y se han tenido (y deben tenerse) debidamente en cuenta, lo cierto es que no parecen haber influido considerablemente en el planteamiento de los Estados o los tribunales. El enfoque integrado por dos elementos sigue ocupando una posición dominante⁴⁴.

28. En el primer informe se planteó la cuestión de si podría haber enfoques diferentes respecto de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario en los distintos ámbitos del derecho⁴⁵. Por ejemplo, se han formulado propuestas por parte de la doctrina⁴⁶, que oca-

on the Use of Force in Contemporary International Law, cap. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

sionalmente se han reflejado en la práctica⁴⁷, de que en ámbitos como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, entre otros, para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario puede bastar un solo elemento, a saber, la *opinio juris*⁴⁸. Sin embargo, según la opinión más autorizada esto no es así⁴⁹. No obstante, puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en dos elementos en diversos campos (o, tal vez más precisamente, con respecto a distintos tipos de normas): por ejemplo, puede darse el caso de que «a efectos de un caso [concreto], la práctica estatal más pertinente»⁵⁰ se encuentre en un tipo especial de práctica a la que se atribuiría «un mayor peso»⁵¹. No obstante, el

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

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

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

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

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

⁵¹ *Ibid.*, pág. 162, párr. 4 (opinión separada del magistrado Keith). Véanse, por ejemplo, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v.*

planteamiento subyacente es el mismo: ambos elementos son necesarios. Cualquier otro enfoque supone el riesgo de dividir el derecho internacional en parcelas separadas, lo que sería contrario al carácter sistémico de dicha rama del ordenamiento jurídico⁵². En cualquier caso, como se

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

explica más adelante, a menudo es difícil considerar los dos elementos separadamente⁵³.

29. Todo el material probatorio debe examinarse dentro de este contexto⁵⁴. Al valorar la existencia o no de ambos elementos constitutivos, ya sea mediante el examen de pruebas primarias o utilizando medios subsidiarios, deben extremarse las precauciones. Aunque «las pruebas pueden obtenerse [de diversas fuentes], es preciso obrar siempre con la máxima cautela»⁵⁵. De las circunstancias particulares depende en gran medida la determinación de lo que es realmente la práctica pertinente y la medida en que efectivamente se acepta como derecho⁵⁶, y a cada prueba puede atribuirse un peso distinto. Por ejemplo, «[s]on particularmente significativas las manifestaciones de práctica que van contra los intereses del Estado de las que proceden, o que entrañan considerables costos políticos, militares, económicos o de otra índole para él, ya que es menos probable que reflejen motivos de oportunidad política, cortesía, etc.»⁵⁷. De modo similar, el cuidado con que se formula una declaración es un factor pertinente; cabe atribuir menos importancia a comentarios improvisados que se hacen en el calor del debate.

30. La determinación de si existe una norma de derecho internacional consuetudinario supone identificar «una

(Continuación de la nota 52.)

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

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

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

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

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

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 944, párr. 30.

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

[r]equiere cautela y equilibrio, no solo para determinar la adecuada combinación de lo que los Estados hacen y dicen, desean y creen, sino también para ser consciente de las ambigüedades que conllevan muchos elementos de la práctica⁶¹.

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

«Proyecto de conclusión 3. Enfoque básico

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

Proyecto de conclusión 4. Valoración de la prueba

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IV

Una práctica general

32. La práctica⁶², a menudo denominada elemento «material» u «objetivo», desempeña una «función esencial» en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario⁶³. Puede percibirse como la «materia prima» del derecho internacional consuetudinario, puesto que este último surge de la práctica, que sirve «a la vez para definirlo y limitarlo»⁶⁴. Tal práctica consiste en actos «materiales y detectables»⁶⁵ de sujetos de derecho internacional, y son esos «ejemplos de comportamiento»⁶⁶ los que pueden formar «una red de precedentes»⁶⁷ en la que se observa un patrón de conducta.

33. *De «práctica general» a «práctica de los Estados».* Los Estados siguen siendo los sujetos principales del derecho internacional⁶⁸. La práctica de los Estados desempeña varias funciones importantes en el derecho internacional, incluida la práctica ulterior como elemento (o medio) de interpretación de los tratados conforme a los artículos 31, párr. 3, apdo. *b*, y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones

Internacionales⁶⁹. La conducta de los Estados es de fundamental importancia para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, por lo que el elemento material del derecho internacional consuetudinario suele conocerse como «práctica de los Estados», esto es, conducta que es atribuible a los Estados⁷⁰. «La práctica efectiva de los Estados [...] es lo que expresa, o crea, las normas consuetudinarias»⁷¹. Como la Corte Internacional de Justicia ha declarado de forma reiterada, «el derecho internacional consuetudinario se deriva de la práctica de los Estados»⁷².

34. *Atribución de la práctica a un Estado.* Al igual que en otros casos, como la responsabilidad del Estado y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, para que la práctica sea pertinente para la formación del derecho internacional consuetudinario debe ser atribuible al Estado⁷³. A tal fin, pueden resultar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pertinentes los actos de todos los poderes del Estado (ya ejerzan funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole)⁷⁴. La conducta de órganos *de facto* de un Estado, esto es, «las personas o entidades que se consideran órganos de un Estado conforme al derecho internacional, aunque no estén caracterizados como tales en el derecho interno»⁷⁵, también puede tener la consideración de práctica del Estado⁷⁶. Este puede ser el caso «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado»⁷⁷.

(Continuación de la nota 73.)

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

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

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

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

⁷⁷ Véase el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76). No parece acertada la propuesta del Comité de la Asociación de Derecho Internacional de que, en Estados con estructura federal, «las actividades de las entidades gubernamentales de ámbito territorial de un Estado

35. Una dificultad significativa estriba en determinar cuál es la práctica de los Estados. La diseminación y localización de la práctica sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno, pese al desarrollo de los recursos tecnológicos y de la información⁷⁸. Como se indica en el capítulo VI *supra*, esta cuestión —que la Comisión examinó hace varias décadas bajo el título «Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario» (períodos de sesiones primero y segundo, celebrados en 1949 y 1950)— será reexaminada en el tercer informe del Relator Especial.

36. Se proponen los siguientes proyectos de conclusiones:

«Proyecto de conclusión 5. Función de la práctica»

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

Proyecto de conclusión 6. Atribución de la conducta»

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

37. *Manifestaciones de la práctica.* Ocasionalmente se ha sugerido que la «práctica de los Estados» solo debería considerarse tal a los fines del derecho internacional consuetudinario cuando se relaciona con un tipo de situación que encuadra en la esfera de las relaciones internacionales⁷⁹, o con algún hecho o episodio real consistente en la formulación de una reclamación (y no de afirmaciones *in abstracto*)⁸⁰. Este enfoque resulta demasiado restringido; efectivamente, podría sostenerse que «en el sistema internacional [...] todo acto de un Estado puede llegar a ser un acto legislativo»⁸¹. Esos actos pueden consistir tanto en

que no tienen personalidad jurídica internacional diferenciada no suelen, como tales, ser constitutivas de práctica estatal, a no ser que se realicen en nombre del Estado o sean adoptadas (“ratificadas”) por él» (Declaración de Londres (nota 42 *supra*), pág. 16).

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

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

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

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

una conducta física como en una conducta verbal (escrita u oral): las opiniones en sentido contrario, según las cuales «las reclamaciones en sí mismas, aunque pueden *articular* una norma jurídica, no pueden considerarse material integrante de la costumbre»⁸², son demasiado restrictivas⁸³.

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

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

⁸³ Véase también Villiger, *Customary International Law and Treaties*, págs. 19 y 20 («hay grandes razones para calificar los actos verbales como práctica de los Estados. En primer lugar, y lo que es más importante [...] los Estados en sí mismos y los tribunales consideran que los comentarios formulados en las conferencias constituyen práctica de los Estados»); Parry, «The Practice of States», pág. 168 («con mucha frecuencia hay muy poca diferencia entre lo que un Estado hace y lo que dice porque es posible que sus acciones solo consistan en pronunciamientos»); Akehurst, «Custom as a source of international law», pág. 53 («La práctica de los Estados es todo acto o declaración de un Estado de los que puedan inferirse opiniones sobre el derecho consuetudinario»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, pág. 342 («incluso si quisiéramos hacer una distinción clara entre la práctica “efectiva” y otras formas de práctica (¿no efectiva?), ello no es fácil y a veces es sencillamente imposible»); Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», págs. 265 y 267 («También se ha dicho a veces que solo los hechos y no las palabras son pertinentes en lo que respecta a la práctica de los Estados [...] Las palabras, las declaraciones, las comunicaciones, e incluso las señales deben incluirse en la gran variedad de prácticas que pueden llegar a constituir derecho consuetudinario [...] es inaceptable desde el punto de vista jurídico excluir las comunicaciones, o las palabras escritas y orales, del mundo de la práctica de los Estados. No hay un *numerus clausus* de actos o de práctica de los Estados que sea exclusivamente necesario o decisivo para la formación y la entrada en vigor del derecho consuetudinario. Por otra parte, debe admitirse que las declaraciones verbales no pueden crear normas de derecho consuetudinario si la práctica real es diferente»); Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», pág. 812 («la práctica de los Estados se funda en sus acciones y reacciones. Se trata de “un proceso de interacción recíproca”, lo que no significa que la práctica de los Estados se componga exclusivamente de acciones en

Aceptar dichas opiniones también podría interpretarse como una forma de alentar la confrontación y, en algunos casos, incluso el uso de la fuerza⁸⁴. De todos modos, parece innegable que «el método de comunicación entre los Estados se ha ampliado. Los actos “reales” se vuelven menos frecuentes porque el derecho internacional, y la Carta de las Naciones Unidas en particular, pone cada vez más restricciones a los Estados al respecto»⁸⁵. Además, «el término “práctica” (según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es suficientemente general —algo que se corresponde con la flexibilidad del derecho consuetudinario en sí mismo— como para abarcar *todo acto o conducta de un Estado*, y no es del todo claro qué les faltaría a los actos verbales dimanantes de un Estado para que no pueda atribuírselos a la conducta de ese Estado»⁸⁶. Asimismo, como se sugiere más adelante, es necesario ejercer cautela al evaluar lo que los Estados (y organizaciones internacionales) señalan: las palabras no siempre pueden interpretarse literalmente.

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

sentido estricto. Las palabras y la inacción también son prueba de la conducta de los Estados»); Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», pág. 300 («La firme declaración de un Estado de lo que considera ser la norma es una prueba mucho mejor de su posición de lo que puede inferirse de las acciones de ese país en distintas épocas y en una variedad de contextos»). También vale la pena recordar en este sentido la Declaración de Londres (nota 42 *supra*), págs. 13 y 14, en que se acepta que «los actos verbales y no solo los actos físicos de los Estados se consideran práctica de los Estados»: «Al definir la práctica de los Estados [...] es necesario tener en cuenta la distinción que existe entre la conducta que cuenta como práctica del Estado y el peso que se le da [...] La discusión del elemento objetivo en la costumbre ha estado plagada de problemas por no hacerse esta distinción».

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

⁸⁵ Zemanek, «What is “State Practice” and who Makes It?», pág. 306.

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

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

se señaló en el debate de la Comisión en 2013, el material que es necesario consultar para determinar el derecho internacional consuetudinario puede constituir prueba de la existencia de una norma consuetudinaria y en otras situaciones puede constituir también la fuente de la práctica en sí misma⁸⁸. Por lo tanto,

la prueba [para determinar si ha surgido o no una norma de derecho internacional consuetudinario] puede asumir distintas formas, *entre ellas** una conducta: lo que importa es que la fuente sea fidedigna e inequívoca, y refleje la posición sistemática del Estado de que se trate⁸⁹.

39. La práctica (y su prueba) asume una gran variedad de formas, puesto que «cuando interactúan y se comunican [...] los Estados no se restringen a tipos de actos determinados dogmáticamente y utilizan todas las formas que cumplen ese propósito»⁹⁰. La propia Comisión ha utilizado distintos materiales para evaluar la práctica a los fines de establecer normas de derecho internacional consuetudinario⁹¹.

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

correspondencia diplomática, declaraciones de política, comunicados de prensa, opiniones de asesores jurídicos de los gobiernos, manuales oficiales sobre cuestiones jurídicas (por ejemplo, manuales de derecho militar), decisiones y prácticas ejecutivas, órdenes de fuerzas militares (por ejemplo, reglas de enfrentamiento), comentarios de los gobiernos sobre proyectos de la Comisión de Derecho Internacional y sus comentarios correspondientes, legislación, resoluciones judiciales internacionales y nacionales, preámbulos de tratados y otros instrumentos internacionales (en particular cuando se utilice una forma para «todos los Estados»), una serie extensa de tratados que utilicen los mismos términos, la práctica de los órganos internacionales y las resoluciones relativas a cuestiones jurídicas en los órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General⁹².

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

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

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

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

⁹² Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, pág. 24; el autor añade que «el valor de estas fuentes varía y dependerá de las circunstancias». Es posible encontrar otras listas, por ejemplo en Ferrari Bravo, «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», págs. 257 a 287; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, pág. 17; Pellet, «Article 38», págs. 815 y 816. Irlanda ha publicado una lista similar en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores (www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/): «En ausencia de un tratado que regule las relaciones entre dos o

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

a) *Actos físicos de los Estados*, es decir, la conducta de los Estados «sobre el terreno»⁹⁴. Algunos ejemplos de esta práctica podrían ser el paso de buques por aguas internacionales⁹⁵; el paso por el territorio⁹⁶; el secuestro de buques de pesca; el otorgamiento de asilo diplomático⁹⁷; el comportamiento en el campo de batalla o el comportamiento operacional; o la realización de ensayos nucleares en la atmósfera o el despliegue de armas nucleares⁹⁸;

b) *Actos del Poder Ejecutivo*. Entre estos actos figurarán órdenes y decretos ejecutivos⁹⁹ y otras «medidas administrativas»¹⁰⁰, así como declaraciones oficiales de

más Estados sobre una cuestión particular, lo importante es la prueba de la existencia de un consenso entre los Estados en cuanto a cuál debería ser el derecho aplicable o, en otras palabras, una práctica de los Estados combinada con el reconocimiento de que cierta práctica es obligatoria. Si está suficientemente difundida y es coherente, entonces dicha práctica y consenso pueden constituir derecho internacional consuetudinario. Puede encontrarse prueba de la costumbre en las siguientes fuentes: la correspondencia diplomática; las opiniones de los asesores jurídicos; las declaraciones de los gobiernos; las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; los comentarios de los gobiernos sobre los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional; las resoluciones de los tribunales nacionales e internacionales. Véase también Grecia, *Federal Republic of Germany v. Margellos and Others* (Tribunal Supremo Especial), sentencia 6/2002, 17 de septiembre de 2002, ILR, vol. 129, pág. 528, párr. 9; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», pág. 15 («En lo que respecta a estas formas y medios para demostrar si ya existe una costumbre, no puede elaborarse una lista completa de orientaciones»).

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

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

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

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

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

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

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

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

los gobiernos¹⁰¹, proclamas¹⁰², discursos formulados ante el parlamento¹⁰³, posiciones expresadas por los Estados ante cortes y tribunales nacionales o internacionales (incluidos los informes *amicus curiae* de los Estados)¹⁰⁴, y las declaraciones formuladas en el plano internacional¹⁰⁵;

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

d) *Actos legislativos*. De las constituciones a los proyectos de ley¹⁰⁷, «la legislación es un aspecto importante

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

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

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

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

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

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

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

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

[e]l término legislación se emplea aquí en un sentido general: en él se incluyen las constituciones de los Estados, las disposiciones de sus órganos legislativos y los reglamentos y decretos promulgados por las autoridades ejecutivas y administrativas. No se excluye forma alguna de disposición reglamentaria dictada por una autoridad pública¹¹⁰.

e) *Sentencias de tribunales nacionales*. Las resoluciones y opiniones de los tribunales nacionales pueden ser útiles como práctica del Estado¹¹¹, y «tienen valor como prueba de la práctica de ese Estado, aunque no sirvan, por lo demás, como prueba del derecho internacional

2010 (civil), 8 de junio de 2011, párr. 68 («Como sea, una norma de derecho interno en cualquier jurisdicción puede ser la consecuencia de una norma de derecho internacional consuetudinario o preceder a la costumbre y contribuir a su cristalización en una norma de derecho internacional consuetudinario») (ILR, vol. 147, pág. 402). En cuanto a las disposiciones constitucionales en particular como práctica de los Estados (y prueba de la *opinio juris*), véase Crootoof, «Constitutional convergence and customary international law», págs. 195 a 203.

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

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

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

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

consuetudinario» en sí¹¹². Sin embargo, cuando se evalúan las resoluciones de los tribunales nacionales, debe tenerse en cuenta la posición que ocupa el derecho internacional consuetudinario en el derecho que deben aplicar las distintas cortes y tribunales, y las disposiciones y procedimientos especiales que pueden existir en los distintos niveles en el plano nacional para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario¹¹³. Además, «el valor de esas decisiones varía considerablemente y las decisiones que se adopten en un caso en particular pueden reflejar una visión local y limitada o estar basadas en el uso inadecuado de las fuentes»¹¹⁴. Obviamente las sentencias de los tribunales de mayor jerarquía tienen más peso y no es probable que las causas que no han prosperado respecto de una cuestión en particular sigan considerándose práctica;

f) *Publicaciones oficiales en esferas del derecho internacional*. Entre esas publicaciones figuran manuales militares o instrucciones a diplomáticos¹¹⁵;

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

h) *Práctica relativa a los tratados*. Negociar y concertar tratados bilaterales o multilaterales, hacerse parte en ellos, ratificarlos y aplicarlos (además de formular objeciones y reservas a ellos) son otras formas de práctica¹¹⁷.

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

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

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

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

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

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, *Nottebohm* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 22 y 23; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 24 y 25; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 104 y 105, 126 y 128 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun); *Barcelona Traction*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 347 (opinión disidente del magistrado Riphagen); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 26; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, pág. 79; *Continental Shelf*

Dicha práctica no se refiere al derecho de los tratados solamente; puede referirse también a las obligaciones asumidas mediante ese instrumento jurídico internacional¹¹⁸;

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

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

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

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

trata principalmente de la práctica de los Estados en relación con las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales o que han sido adoptadas en conferencias internacionales, en particular votando a favor o en contra (o absteniéndose), y las explicaciones (de existir) vinculadas a esos actos¹²⁰. Asimismo, es necesario tener en cuenta que «el texto definitivo de la decisión de una organización internacional nunca podrá reflejar todas las proposiciones y alternativas formuladas por todas y cada una de las partes en las negociaciones. [...] Por lo tanto, no se debería depender demasiado de los atajos que proporcionan los procesos de toma de decisiones de las organizaciones internacionales a los efectos de determinar la

práctica de los Estados»¹²¹ (esta cuestión se abordará más exhaustivamente en el tercer informe).

42. *La inacción como práctica*. El abstenerse de actuar, algo que también se conoce como «práctica negativa de los Estados»¹²², también puede considerarse práctica¹²³.

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

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

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

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

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

43. *La práctica de las organizaciones internacionales (intergubernamentales)*. Se trata de una esfera importante que se tratará en más detalle en el tercer informe¹²⁵. Teniendo en cuenta que «en cualquier sistema jurídico los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos en lo que respecta a su naturaleza o la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad»¹²⁶, los actos de las organizaciones internacionales a las que los Estados han conferido facultades también pueden contribuir a la formación de una práctica general o ser prueba de que esa práctica se ha formado en las esferas en que funcionan esas organizaciones¹²⁷.

(Continuación de la nota 123.)

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

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

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

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

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

Al evaluar la práctica de esas organizaciones se debería distinguir entre, por un lado, la práctica relativa a los asuntos internos de la organización y, por otro, la práctica de la propia organización, por ejemplo en sus relaciones con los Estados y las organizaciones internacionales¹²⁸. Es esta última práctica la que resulta pertinente a los fines actuales, y que consiste principalmente en «actividades operacionales», que un autor definió como «la labor programática de las organizaciones internacionales realizada como parte de su misión general o en cumplimiento de un mandato específico»¹²⁹. En este contexto, debería trazarse otra importante distinción entre la práctica de los órganos u otros organismos integrados por representantes de los Estados y la de los órganos integrados por individuos que actúan a título personal, dado que no puede decirse que estos últimos representen a los Estados¹³⁰. Por otra parte, «[s]ería útil, cuando se haga referencia a las aportaciones de organizaciones internacionales, distinguir claramente entre las de sus secretarías y las de sus órganos intergubernamentales, a fin de velar por que se atribuya una mayor importancia relativa a estas últimas, cuyos autores también son los principales autores de la práctica estatal»¹³¹. Si bien se ha sugerido que «las organizaciones internacionales proporcionan atajos para determinar la existencia de la costumbre»¹³², es necesario ejercer mucha cautela al evaluar su práctica¹³³. Es posible que las consideraciones que se aplican a la práctica de los Estados también resulten aplicables a la práctica de las organizaciones internacionales y el presente informe debería interpretarse en ese sentido.

podía contar como «práctica»); Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law». Por supuesto, las organizaciones internacionales varían enormemente entre sí, y es necesario tener esto en cuenta cuando se evalúa la importancia de su práctica (véase también el comentario 8 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88).

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

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

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

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

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

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

44. La práctica de esas organizaciones internacionales (como la UE) a las que los Estados miembros a veces han transferido competencias exclusivas, puede equipararse a la de los Estados, dado que en ciertas esferas esas organizaciones actúan en lugar de los Estados miembros¹³⁴, lo que se aplica a los actos de esas organizaciones, con independencia de su forma y sin importar si se trata de la esfera ejecutiva, legislativa o judicial. Si no se equiparara la práctica de esas organizaciones internacionales a la de los Estados, ello significaría en realidad no solo que la práctica de la organización no contaría como práctica de los Estados, sino que sus Estados miembros se verían privados de su capacidad de contribuir a esa práctica, o que la capacidad de los Estados para hacerlo quedaría reducida cuando los Estados miembros hubieran conferido algunas de sus facultades a la organización.

45. *El papel de otros agentes no estatales.* A veces se ha sugerido que debería reconocerse que la conducta de otros «agentes no estatales», como las organizaciones no gubernamentales e incluso las personas físicas, es conducta que contribuye al desarrollo del derecho internacional consuetudinario¹³⁵. Algunos han recordado al respecto que

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

¹³⁵ Para una visión dinámica de la «participación» en la elaboración de normas internacionales o el llamamiento para que esos procesos sean «inclusivos», véase por ejemplo *Arrest Warrant of 11 April 2000*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 155 (opinión disidente de la magistrada *ad hoc* van den Wyngaert) («la opinión de la sociedad civil [...] no puede descartarse totalmente hoy en lo que respecta a la formación del derecho internacional consuetudinario»); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 69, 70 y 74 (opinión disidente del vicepresidente Foad Ammoun) («el principal factor en la formación de la norma consuetudinaria por la que se reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación [puede ser] la lucha de los pueblos [por esa causa], antes de que estos [ahora miembros de la comunidad internacional] fueran reconocidos como Estados [...]. Si existe alguna «práctica general» que pudiera considerarse, sin lugar a dudas, constituyente de derecho en el sentido del Artículo 38, párr. 1,

«el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que no es necesario que la costumbre sea seguida o reconocida “por los Estados” solamente, como sí lo exige esa misma disposición cuando se refiere a las convenciones. De modo que, en principio, es posible que surjan prácticas de los agentes estatales y no estatales»¹³⁶. Sin embargo, la mejor posición es que, si bien las personas físicas y las organizaciones no gubernamentales pueden efectivamente «desempeñar papeles importantes en la promoción del derecho internacional y su observancia»¹³⁷ (por ejemplo, alentando la práctica de los Estados al plantear demandas basadas en el derecho internacional ante los tribunales nacionales o al contribuir a la evaluación de esa práctica), sus acciones no constituyen «práctica» a los fines de la formación o determinación de la existencia de derecho internacional consuetudinario¹³⁸.

apdo. b, del Estatuto de la Corte, seguramente será la que se compone de las acciones conscientes de los propios pueblos que participan en una lucha determinada»); *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 100 (opinión separada del vicepresidente Foad Ammoun); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, pág. 344 («el énfasis en los “Estados” no es realista [...] los patrones pertinentes de conducta se extienden [...] también a los de las personas físicas y los representantes de las organizaciones no gubernamentales»); Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», pág. 108, nota 17 (en que se hace referencia a la conducta de los Estados y de las «organizaciones internacionales, las sociedades transnacionales y otros grupos no gubernamentales»); Gunning, «Modernizing customary international law: the challenge of human rights», págs. 212 y 213 («En particular, al cuestionar la integralidad de las formulaciones tradicionales de la soberanía nacional, este artículo explorará la posibilidad de permitir que los grupos transnacionales y no gubernamentales puedan manifestar sus opiniones jurídicas en la creación de la costumbre»); Steer, «Non-State actors in international criminal law» (donde se sostiene que los agentes no estatales de derecho internacional como las organizaciones no gubernamentales, los jueces y los abogados son quienes determinan el contenido normativo); Paust, «Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion»; Roberts y Sivakumar, «Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law»; y Reisman, «The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application».

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

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

46. Si bien las resoluciones de las cortes y los tribunales internacionales no constituyen «práctica» en lo que respecta a la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y su formulación¹³⁹, esas decisiones cumplen una función importante como «medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho»¹⁴⁰. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en particular pueden tener mucho peso¹⁴¹.

(Continuación de la nota 138.)

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

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

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

¹⁴¹ Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs...*, pág. 19 («los fallos de la Corte Internacional y de otros tribunales internacionales tienen peso en el reconocimiento y la autenticación de las normas de

47. *Práctica confidencial*. Gran parte de la práctica de los Estados, como por ejemplo los intercambios de información confidenciales entre los gobiernos, no está a disposición del público, al menos durante algún tiempo¹⁴². Es difícil ver cómo puede contribuir la práctica a la formación o determinación del derecho internacional consuetudinario general a menos que se haya hecho público¹⁴³. Sin embargo, una práctica que fuera conocida por algunos Estados o incluso solo por dos puede contribuir al desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario de índole especial, local o regional (más que general), que solo les fuera oponibles a ellos¹⁴⁴.

48. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La inacción también puede constituir práctica.

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

49. *Ausencia de jerarquía predeterminada.* Ninguna manifestación de la práctica es *a priori* más importante que otra; su peso depende de las circunstancias y de la naturaleza de la norma de que se trate¹⁴⁵. Por ejemplo, si bien se suele decir en el habla común que «una acción vale más que mil palabras», obviamente ello no es lo que ocurre cuando se reconoce que la acción es ilegal¹⁴⁶. Asimismo, en muchos casos es en definitiva el Poder Ejecutivo quien habla en nombre del Estado en las relaciones internacionales¹⁴⁷.

50. *La práctica del Estado debe «considerarse en su conjunto»*¹⁴⁸, lo que significa, en primer lugar, que debe tenerse en cuenta toda la práctica del Estado en cuestión. En segundo lugar, es posible que distintos órganos del Estado no sostengan lo mismo. Por ejemplo, un tribunal, o el órgano legislativo, puede adoptar una posición contraria

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

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

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

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

a la del Poder Ejecutivo e incluso pueden coexistir distintas posiciones dentro del mismo poder. Ello es especialmente probable en el caso de la práctica de los órganos subestatales (por ejemplo, en un Estado federal); quizás sea necesario examinar cuidadosamente esa práctica, de la misma forma en que se examinarían las resoluciones de tribunales inferiores. Cuando un Estado expresa distintas posiciones, su práctica es ambivalente, y es muy probable que ese conflicto interno quite peso a la práctica de que se trate¹⁴⁹.

51. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

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

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

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

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

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

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

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

«amplia»¹⁵² o, en otras palabras, suficientemente generalizada¹⁵³. No se trata de una prueba puramente cuantitativa, dado que la participación en la práctica también debe ser ampliamente representativa¹⁵⁴ e incluir a aquellos Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados.

(Continuación de la nota 151.)

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

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

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

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

53. El número exacto de Estados necesario para «estimar la práctica sobre la base de un recuento de Estados»¹⁵⁵, a fin de que esa práctica sea reconocida como «general», no puede determinarse en abstracto¹⁵⁶. Lo realmente importante es que «debe haber aplicado [esa práctica] la abrumadora mayoría de los Estados que hasta entonces hubieran tenido la oportunidad de aplicarla»¹⁵⁷ (incluso, cuando proceda, al abstenerse de actuar), y que «la práctica existente [...] esté tan difundida que toda práctica incongruente que subsista sea marginal y no tenga efectos jurídicos directos»¹⁵⁸. A veces, incluso puede no alcanzarse con un número «respetable» de Estados adhiérase a la práctica¹⁵⁹, sin embargo, es muy posible que solo un número relativamente reducido de Estados la aplique y que la inacción de los demás alcance para crear una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁶⁰.

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

significa que la práctica consuetudinaria debe tener un carácter amplio y representativo»).

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

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

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

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

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

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

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

casos en que pueda determinarse cuáles son. En otras palabras, todo análisis de la práctica internacional debe tener en cuenta la práctica de los Estados que se ven «afectados o tienen un interés mayor que otros»¹⁶² en la norma de que se trate, y esa práctica debería tener un gran peso (en la medida en que, en las circunstancias apropiadas, puede impedir que se genere una norma)¹⁶³. Qué Estados se verán «especialmente afectados» dependerá de la norma de que se trate y, efectivamente, «no en cualquier esfera [...] puede determinarse con claridad cuáles son los Estados “especialmente afectados”»¹⁶⁴. En muchos casos, todos los Estados se ven afectados de la misma manera. Es cierto que a menudo algunos Estados

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

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

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

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

se verán «especialmente afectados»¹⁶⁵; sin embargo, como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad soberana, es solo en esa capacidad que puede evaluarse su práctica y atribuírsele un peso especial¹⁶⁶.

55. *Uniformidad de la práctica.* Para que se establezca la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser uniforme¹⁶⁷.

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

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

Si bien es natural que las circunstancias específicas de cada acto puedan variar, es necesario que exista un «sentido básico inmutable» común a ellas: es entonces cuando se puede observar una regularidad en la conducta¹⁶⁸. Por el contrario, cuando la práctica demuestra «que cada caso concreto difiere a fin de cuentas de todos los demás [...]», queda excluida la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de las normas y los principios del derecho consuetudinario¹⁶⁹. Dicho de otra manera, cuando los hechos revelan

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

(Continuación de la nota 167.)

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

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

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

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

56. Para determinar la uniformidad de la práctica, por supuesto es importante tener en cuenta situaciones que son de hecho comparables, en las que se han planteado las mismas cuestiones o cuestiones similares¹⁷¹. Y si bien la repetición frecuente de una práctica uniforme le otorgaría naturalmente mayor peso, «la frecuencia de la práctica debe medirse con respecto a la frecuencia con que surgen las circunstancias en que ha de llevarse a cabo la acción que constituye la práctica o en que esta es apropiada»¹⁷².

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

del magistrado Bula-Bula) («el hecho de que una práctica unilateral y única se caracterice fundamentalmente por presentar muchas faltas de uniformidad y ambigüedades [significa que] no ha surgido una norma consuetudinaria»).

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

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

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

no cabe esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya de ser perfecta [...]. La Corte no considera que, para el establecimiento de una norma consuetudinaria, la práctica correspondiente deba ajustarse de manera totalmente estricta a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte estima que es suficiente con que la conducta de los Estados sea, en términos generales, coherente con esas normas, y que los casos en que el comportamiento de un Estado denote falta de coherencia con una determinada norma deberían considerarse, por lo general, como una violación de esa norma, no como señal del reconocimiento de la existencia de una norma nueva¹⁷⁴.

58. *Duración de la práctica.* Si bien tradicionalmente las normas de derecho internacional consuetudinario han surgido como resultado de una práctica extendida a lo largo de un lapso de tiempo prolongado, es un hecho ampliamente reconocido que no hay requisitos específicos en cuanto al período durante el que debe existir una práctica antes de que pueda madurar y convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁷⁵. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso *North Sea Continental Shelf*,

[e]l paso de apenas un corto período de tiempo no constituye necesariamente, o por sí solo, un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario [...] [si bien] sería un

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

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

requisito indispensable que, durante el período en cuestión, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se ven especialmente afectados, haya sido tanto extensa como casi uniforme [...] y que además se haya ejercido de un modo que indique un reconocimiento general de que está en juego una norma jurídica o una obligación legal¹⁷⁶.

Si bien es inevitable que algunas normas demoren más tiempo en formarse¹⁷⁷, siempre que la práctica sea lo suficientemente general y uniforme, no se exige que esta tenga una duración concreta¹⁷⁸. No obstante, en este

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

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

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

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

(Continuación de la nota 178.)

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

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

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

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

2. La práctica debe ser uniforme en general.

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

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

CAPÍTULO V

Aceptada como derecho

60. Al segundo elemento necesario para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario —aceptación de la «práctica general» como derecho— se le denomina comúnmente *opinio juris* (u «*opinio juris sive necessitatis*»). Este «elemento subjetivo» del derecho internacional consuetudinario exige, en esencia, que la práctica en cuestión esté motivada por la «idea [...] de que la acción era obligatoria desde el punto de vista jurídico»¹⁸⁰. Los Estados han de «creer que están aplicando una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario»¹⁸¹ o, dicho de otra manera, «[sentirse] legalmente obligados a [realizar el acto en cuestión] en razón de que existe una norma de derecho consuetudinario que los fuerza a hacerlo»¹⁸². Este es el «punto de vista interno»¹⁸³, según el cual la frecuencia de una conducta puede hacer que se convierta en una norma jurídica, y que permite trazar una distinción entre lo que se considera derecho y lo que no¹⁸⁴. Como señaló el magistrado Chagla,

[d]e conformidad con el derecho internacional, para que se pueda hablar de costumbre es necesario mucho más que [una acumulación de un gran número de casos]. No es suficiente con probar su manifestación externa; es igualmente importante que se establezca su elemento mental o psicológico. Es este elemento tan decisivo el que permite distinguir la mera práctica o el mero uso de la costumbre. En sus acciones u omisiones, las partes deben sentir que están haciendo algo o absteniéndose de hacerlo porque se sienten obligadas a ello. Deben considerar que ese sentido de obligación tiene la misma fuerza que la ley [...], ha de predominar un sentimiento de coacción, no física sino jurídica¹⁸⁵.

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

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

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

¹⁸² *Ibid.*, págs. 44 y 45, párr. 78.

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

¹⁸⁴ Toda práctica que no se acompañe de tal sentido de obligación no contribuye al derecho internacional consuetudinario. Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77 («Los actos en cuestión no solo deben representar una práctica establecida, sino que además deben ser tales, o llevarse a cabo de un modo tal, que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de la presencia de esa convicción, es decir, de la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la propia noción de *opinio juris sive necessitatis*»); *Jurisdictional Immunities of the State*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 123, párr. 55 («Si bien es cierto que en ocasiones los Estados deciden conceder una inmunidad más amplia que la exigida en el derecho internacional, a los efectos que nos ocupan, lo importante es que el otorgamiento de la inmunidad en este caso no va acompañado del requisito de la *opinio juris* y, por tanto, no arroja ninguna luz sobre la cuestión que la Corte está examinando en este momento»). Véase

también Thirlway, *International Customary Law and Codification*, pág. 48 («si bien no hay duda de que el requisito de la *opinio juris* da lugar a muchos problemas en la práctica [...], lo cierto es que es difícil distinguir entre el uso que se ha hecho obligatorio como derecho consuetudinario y el uso que no [...] sin permitir que en la creación de la costumbre el elemento psicológico se vuelva a deslizar sigilosamente en el debate por un camino tortuoso y con otro nombre»). Sobre la importante función de la *opinio juris* para evitar que la práctica general normalmente no deseada se convierta en derecho internacional consuetudinario, véase Dahlman, «The function of *opinio juris* in customary international law». Villiger ha observado que, «[a]demás, la *opinio* sirve en particular para distinguir las violaciones de la norma consuetudinaria de sus modificaciones posteriores, prueba nada desdeñable en vista de la naturaleza dinámica del derecho internacional consuetudinario. Mientras la *opinio* anterior no se haya erosionado, y la nueva *opinio* no se haya establecido, la práctica divergente sigue siendo una forma de objeción persistente o subsiguiente» (*Customary International Law and Treaties*, pág. 48).

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

política»¹⁸⁶, ni por «el interés o la tradición»¹⁸⁷. Los Estados deben haber respetado una norma «como obligación jurídica y no simplemente como una cuestión de tolerancia o cortesía recíprocas»¹⁸⁸. En la «aceptación [de la práctica] como derecho» tampoco pueden influir razones de índole social o económica¹⁸⁹, pese a que esas

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

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

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

¹⁸⁹ Véase también *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 23 (en que la Corte Internacional de Justicia afirmó, en relación con el método de la equidistancia en la delimitación marítima, lo siguiente: «En resumen, probablemente es acertado decir que ningún otro método de delimitación entraña la misma combinación de conveniencia práctica y certidumbre en cuanto a la aplicación. Sin embargo, estos factores no bastan para convertir un método en una norma jurídica, que haga obligatorio aceptar los resultados de la utilización de ese método en todos los casos en que las partes no se pongan de acuerdo de otro modo [...]. Desde el punto de vista jurídico,

consideraciones pueden perfectamente estar presentes, en especial cuando la práctica comienza a desarrollarse».

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

si hay una norma de esa índole, su fuerza legal debe provenir de otros factores distintos de la existencia de esas ventajas, por muy importantes que sean»; *South West Africa* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 34 («Las consideraciones humanitarias pueden constituir una base de inspiración para las normas jurídicas [...]. Sin embargo, esas consideraciones no constituyen por sí mismas normas jurídicas. Todos los Estados están interesados —tienen interés— en esas materias. Pero el hecho de que exista un “interés” no significa de por sí que este sea específicamente jurídico por naturaleza»).

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

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

obran de conformidad con un tratado que (todavía) no es vinculante para ellos, o respecto de Estados que no son partes en un tratado, sí que puede considerarse que existe «aceptación [de la práctica] como derecho»¹⁹². Lo mismo ocurre también cuando quienes no son partes en un tratado obran de acuerdo con las normas en él consagradas, como sucede en el caso de ciertos Estados que no son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁹³.

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

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

los Estados que realizan esos actos, o bien otros Estados que están en condiciones de reaccionar frente a ellos, deben haber actuado de manera tal que su conducta «demuestre la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone»¹⁹⁶.

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

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

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

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

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

En la realidad de hoy, en que existen múltiples foros internacionales, la investigación sobre lo que algunos denominan «*opinio juris* individual» puede complementarse con la búsqueda de la «*opinio juris* coordinada o general»¹⁹⁷, o apoyarse en ella, esto es, en la aceptación (o no) de una práctica concreta como derecho por el consenso general de los Estados¹⁹⁸. Así como es conveniente examinar la práctica conjunta de los Estados, esto puede ayudar a determinar si los miembros de la comunidad internacional están en realidad de acuerdo o divididos en cuanto a la naturaleza vinculante de una práctica concreta.

65. La idea de que la aceptación como derecho es necesaria para que una práctica habitual se transforme en norma jurídica se remonta a la antigüedad¹⁹⁹, pero la expresión latina *opinio juris sive necessitatis* es de origen mucho más reciente. Su significado literal es «creencia (u opinión) de que se está ante un deber jurídico o una necesidad»²⁰⁰, y esta «denominación técnica»²⁰¹ del elemento subjetivo se abrevia habitualmente como «*opinio*

law and acquiescence», pág. 126 («Por supuesto, la *opinio juris* es pertinente para la formación de los derechos consuetudinarios, pero solo desde el punto de vista de los Estados afectados por el ejercicio del derecho en cuestión»).

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

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

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

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

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

juris», hecho que quizá tenga su importancia: «lo que generalmente se considera necesario es la existencia de una *opinio* en cuanto al derecho, es decir, que el derecho es, o está en vías de ser, de naturaleza tal que impone o autoriza una determinada acción»²⁰².

66. Los estudiosos que han intentado explicar el significado y la función del concepto de *opinio juris* han tenido que lidiar no solo con su indeterminación lingüística y procedencia incierta²⁰³, sino también con problemas teóricos de larga data relacionados con el intento de reflejar en términos exactos el proceso amorfo por el cual una pauta de conducta de los Estados adquiere fuerza jurídica²⁰⁴. En particular, algunos autores se han preguntado si el elemento subjetivo se refiere en realidad a la creencia (u opinión) de los Estados o más bien a su consentimiento (o voluntad)²⁰⁵. Otros han reflexionado sobre la «paradoja» de la *opinio juris*, es decir, ese «argumento de círculo vicioso» que pone en duda que pueda surgir una nueva norma de derecho internacional consuetudinario si la práctica pertinente debe ir acompañada de la convicción de que esa práctica ya es derecho²⁰⁶. Y otros han puesto

en duda que los Estados puedan tener una creencia²⁰⁷ y que esa motivación interna pueda demostrarse²⁰⁸. Varios autores han sostenido que la *opinio juris* debería entenderse en el sentido de que refleja principios éticos y de moralidad²⁰⁹, mientras que otros niegan la pertinencia de esa consideración en este contexto²¹⁰. Estos debates académicos y de otra índole, calificados por un autor como «formidables»²¹¹, reflejan a menudo controversias más profundas sobre el derecho (internacional) en un plano más general²¹². Sin embargo, el elemento subjetivo del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

derecho internacional consuetudinario ha «suscitado más dificultades en la teoría que en la práctica»²¹³, y el debate teórico del que suele ir acompañado en los libros rara vez ha impedido su aplicación en la práctica²¹⁴.

(Continuación de la nota 212.)

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

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

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

67. La Corte Internacional de Justicia ha empleado distintas expresiones para referirse al elemento subjetivo que se deriva de las palabras «aceptada como derecho» recogidas en su Estatuto. Entre esas expresiones figuran el «sentimiento de obligación jurídica»²¹⁵, la «creencia de que [la] práctica es obligatoria debido a la existencia de una norma de derecho que le impone [...] [un] sentimiento de deber jurídico»²¹⁶, el «reconocimiento de la necesidad»²¹⁷, la «convicción de la necesidad»²¹⁸, la «creencia de que se debe respetar esta práctica de larga data»²¹⁹, la «intención deliberada [...] una conciencia común que refleja la convicción [...] en cuanto a [un] derecho»²²⁰, el «sentimiento general [...] respecto del carácter obligatorio de [la práctica]»²²¹, la «plena conciencia de estar cumpliendo una obligación jurídica» o la «conciencia de la naturaleza vinculante de la norma»²²², la «convicción de que [las partes] están aplicando el derecho»²²³ y la «convicción, una convicción de derecho, por parte de los [Estados] en el sentido de que han [...] aceptado la práctica como una norma de derecho, cuya aplicación no podrán eludir con posterioridad»²²⁴. Otras cortes y tribunales, así como los Estados, han recurrido también a un amplio vocabulario para referirse a este requisito «psicológico»/«cualitativo»/«inmaterial»/«actitudinal» del derecho internacional consuetudinario²²⁵. Sin embargo, en general todas esas referencias parecen expresar una idea común: la aceptación por los Estados de que su conducta o la conducta de otros es conforme con el derecho internacional consuetudinario:

La creencia, la aquiescencia, el reconocimiento tácito o el consentimiento tienen algo en común: todos expresan una actitud subjetiva de los Estados respecto de su propio comportamiento o del comportamiento de otros Estados a la luz del derecho internacional²²⁶.

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

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

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

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

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

²²⁰ *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

68. El denominado «elemento subjetivo» del derecho internacional consuetudinario se refiere por tanto a la necesidad de que la práctica en cuestión se haya «producido de modo tal que muestre un reconocimiento general de que se trata de una norma de derecho [internacional consuetudinario] o de una obligación jurídica»²²⁷. Aunque se ha consolidado el uso de la expresión *opinio juris* para referirse a este elemento²²⁸, la «aceptación como derecho» es quizá el mejor término²²⁹. La Corte Internacional de Justicia, basándose en la redacción de su Estatuto, empleó ese término en el caso *Right of Passage* (uno de los primeros casos en que la Corte profundizó en la metodología para determinar el derecho internacional consuetudinario), al afirmar que, «en vista de todas las circunstancias del caso, [estaba] convencida de que esa práctica se [había] aceptado como derecho»²³⁰. El empleo de este término recogido en el Estatuto contribuye en gran medida a superar la «paradoja» de la *opinio juris* antes mencionada.

69. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

todo lo que hagan los Estados [...] es práctica estatal, que tiene dos facetas o aspectos: un comportamiento visible y observable de los Estados (u otros sujetos del derecho internacional) y su actitud subjetiva respecto de este comportamiento, que puede estar presente implícitamente en el propio acto o comportamiento o que puede transmitirse a otros Estados mediante diversos actos de comportamiento que constituyan, a su vez, una práctica estatal de distinto tipo²³³.

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

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

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

73. Asimismo, aunque se ha sugerido que un gran número de actos concordantes²³⁶, o el hecho de que se

hayan venido produciendo durante un período de tiempo considerable²³⁷, puede bastar para establecer la existencia de una *opinio juris*, no es así. En efecto, si bien esos hechos pueden *dar lugar* a la aceptación de la práctica como derecho²³⁸, no suponen, en sí mismos, tal aceptación. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia,

aun cuando los actos realizados [...] hubiesen sido mucho más numerosos de lo que en realidad fueron, no serían suficientes por sí solos, ni siquiera tomados en conjunto, para constituir la *opinio juris* [...]. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí solo²³⁹.

74. En consecuencia, la «aceptación como derecho» no debe, por lo general, demostrarse mediante la propia práctica presuntamente impuesta por el derecho internacional consuetudinario. Ello implica, además, que la misma conducta no puede servir, en un caso concreto, para demostrar tanto la práctica como la aceptación de esa práctica como derecho²⁴⁰. La aplicación de esta norma a una práctica «no efectiva» también permite garantizar que las declaraciones abstractas no creen, por sí solas, derecho²⁴¹.

materia consiste en considerar toda conducta uniforme de los gobiernos (o, en determinados casos, su abstención) como prueba de una *opinio necessitatis juris*, salvo que se acredite que la conducta en cuestión no iba acompañada de tal intención», citado en *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 246 y 247 (opinión disidente del magistrado Sørensen).

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

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

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

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

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

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

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

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

²³⁶ Véase, por ejemplo, *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 336 (opinión disidente del magistrado Azevedo) («casos concordantes que, por su número, revelan claramente una *opinio juris*»); la alegación de Portugal en el sentido de que «sería imposible sostener que la unanimidad y uniformidad [de la práctica de los Estados] no demuestran la convicción de que existe un deber jurídico (*opinio juris sive necessitatis*)» (*Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 11); Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, pág. 380 («A menos que la acción judicial pretenda reducir el valor jurídico de la fuente más importante de normas de derecho internacional, a saber, la conducta de los Estados, parecería que el principio que debe observarse en la

75. *Manifestaciones de la «aceptación como derecho».* «Aunque difícil, la tarea de determinar la *opinio* es posible (y se ve considerablemente facilitada en el marco del proceso moderno de redacción)²⁴². En primer lugar, una declaración expresa de un Estado en el sentido de que una determinada norma es obligatoria *qua* derecho internacional consuetudinario constituye «la prueba más clara» de que dicho Estado «cree estar obligado a cumplir esa norma concreta o principio, o de que a partir de entonces la cumplirá»²⁴³. Por el contrario, cuando un Estado afirma que no se está ante una norma de derecho internacional consuetudinario, ello demuestra la inexistencia de una *opinio juris*. Tales afirmaciones por los Estados de la existencia (o inexistencia) de derechos u obligaciones con arreglo al derecho internacional (consuetudinario) pueden adoptar, entre otras formas, la de una declaración oficial de un gobierno o un ministro de ese gobierno²⁴⁴, una demanda o escrito procesal ante cortes y tribunales, un escrito por el que determinado gobierno presente un proyecto de legislación ante el Parlamento²⁴⁵, una declaración conjunta de Estados por medio de un documento oficial o una declaración realizada en una conferencia multilateral, como una convención de codificación o un debate en las Naciones Unidas²⁴⁶. Las protestas diplomá-

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

²⁴² *Ibid.*, pág. 50.

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

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

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

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 26; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 48 (opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) («En un ámbito en que la práctica es contradictoria e imprecisa, ¿es posible y razonable considerar que carecen de toda pertinencia los indicios de aquello que los Estados están dispuestos a reclamar o a aceptar, según se desprende de las posiciones que han adoptado en vista o en previsión de una conferencia para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la materia? [...] Lo menos que puede decirse [...] es que esas declaraciones, así como las propuestas escritas presentadas por los representantes de los Estados, son importantes para determinar las opiniones de esos Estados en cuanto al derecho relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías y su *opinio iuris* sobre un tema regulado por el derecho internacional

ticas, en particular, «pueden indicar, y a menudo lo hacen, la opinión que tienen los Estados que protestan respecto del derecho sobre las cuestiones de que se trate: en esa medida, pueden constituir pruebas de la aceptación de una práctica como derecho»²⁴⁷.

76. También pueden encontrarse pruebas de la «aceptación como derecho» (o de la no aceptación) en diversas otras prácticas²⁴⁸, dependiendo del caso concreto y teniendo en cuenta que, «para una costumbre típica, basta con que la aceptación de la práctica como derecho pueda deducirse de todas las circunstancias del caso en cuestión, fundamentalmente de la actitud, y por tanto de la conducta, de los Estados que aceptan quedar vinculados por la norma consuetudinaria»²⁴⁹. Al igual que con los distintos tipos de práctica (véase el párrafo 41 *supra*), la lista que figura a continuación no es exhaustiva, sino que pretende mostrar el tipo de materiales donde se puede encontrar el elemento subjetivo:

a) *La correspondencia (diplomática) intergubernamental*²⁵⁰, como un memorando enviado por una misión diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado ante el cual está acreditada²⁵¹, o un canje de notas entre gobiernos. En este caso el lenguaje empleado debe analizarse atentamente en su contexto para determinar si el Estado está expresando una opinión sobre la existencia de una norma jurídica;

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

consuetudinario); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 329 (opinión separada del magistrado Tomka); Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», págs. 14 y 24 («las deliberaciones celebradas en una conferencia plenipotenciaria, incluso antes y con independencia de la adopción de una convención, pueden dar lugar por sí mismas a la aparición de un consenso entre los Estados que, si va seguido de una práctica efectiva, puede cristalizar en una norma consuetudinaria. [...] Las indicaciones expresas o implícitas de *opinio juris* son especialmente importantes y frecuentes cuando un Estado participa en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas»).

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

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

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

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

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

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

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

c) *Las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos cuando afirman que algo es conforme o no con el derecho internacional consuetudinario*²⁵⁴, y esas opiniones han sido asumidas por el gobierno en cuestión como jurídicamente vinculantes²⁵⁵;

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

e) *Los memorandos internos de funcionarios del Estado*, como las instrucciones de un ministerio de relaciones exteriores a sus diplomáticos²⁵⁶;

f) *Los tratados* (y sus trabajos preparatorios) también pueden demostrar la existencia de una «aceptación como derecho»²⁵⁷, ya que «las convenciones siguen siendo una

forma muy importante de expresión de la conciencia jurídica de los pueblos»²⁵⁸. En este caso concreto, esa conciencia jurídica (en relación con la convención en su conjunto o con algunas de sus disposiciones) debe existir *al margen del tratado*, no solo en el marco de él: para que un tratado pueda ser prueba de una *opinio juris*, debe mostrarse que los Estados (y las organizaciones internacionales), sean partes o no en él, consideran que la norma o las normas enumeradas en el tratado son vinculantes para ellos como normas de derecho con independencia del tratado²⁵⁹. Puede darse esta situación cuando un tratado pretende ser un tratado *declaratorio* del derecho internacional consuetudinario, explícita o implícitamente²⁶⁰: en ese caso, «el

consuetudinaria si se cumplen las condiciones para ello»); *Asylum*, fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 369 y 370 (opinión disidente del magistrado *ad hoc* Caicedo Castilla) («este artículo del Acuerdo Bolivariano [sobre Extradición] tiene un significado especial en lo relativo a la costumbre en cuestiones de asilo, ya que demuestra la existencia, tanto en Colombia como en el Perú, de uno de los elementos necesarios para la existencia de una costumbre: el elemento psicológico, la *opinio juris sive necessitatis*. El Acuerdo Bolivariano reconoce el asilo, así como el valor de los principios aplicados en América; por ello, incluye esos principios y los considera vinculantes. En consecuencia, su aceptación por los gobiernos o por un gobierno concreto implica que ese gobierno los acepta “como derecho”, es decir, que son el derecho aplicable. Esta cuestión es de suma importancia, ya que el elemento psicológico de la costumbre, siempre tan difícil de probar, queda en este caso totalmente probado»); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, causa SCSL-04-14A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona), 28 de mayo de 2008, párr. 403; Argentina, *Derecho*, René Jesús *s/incidente de prescripción de la acción penal* (Corte Suprema de Justicia), causa 24.079C, 11 de julio de 2007, párr. IIIA (del escrito del Procurador General de la Nación); fallo en apelación de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (Sala de la Corte Suprema), causa 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 de febrero de 2012, párr. 94.

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

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

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

(Continuación de la nota 252.)

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

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

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

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

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

²⁵⁷ Véase también *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (CIADI, caso ARB/03/2, decisión sobre excepciones de incompetencia, 11 de mayo de 2005), párr. 144 («no hay obstáculo, en el derecho internacional, para que la expresión de la voluntad de los Estados a través de los tratados sea al mismo tiempo una expresión de la práctica y de la *opinio juris* necesarias para el nacimiento de una norma

tratado es una prueba clara de la voluntad de los Estados [partes en el tratado], sin las ambigüedades e incoherencias propias de la maraña de pruebas de la práctica de los Estados que se emplean normalmente para demostrar el estado del derecho internacional»²⁶¹. En otras palabras, cuando los Estados aceptan (en el marco del tratado, en las negociaciones previas a su adopción o con posterioridad a esta) que el tratado o algunas de sus disposiciones son declaratorias del derecho internacional consuetudinario existente, ello puede constituir una prueba clara de la «aceptación como derecho»²⁶². Aun así, «la prueba de la práctica de las partes consolidada en el tratado debe ponderarse a la luz de todas las demás pruebas [concordantes y no concordantes] del derecho internacional consuetudinario, de conformidad con el procedimiento empleado normalmente para acreditar la existencia de ese derecho», en particular «la práctica o las declaraciones anteriores del Estado o los Estados en cuestión»²⁶³. También puede ser pertinente para evaluar la existencia de una *opinio juris* el hecho de que los Estados afectados hayan firmado o ratificado el tratado y que las partes tengan capacidad para formular reservas a los artículos del tratado²⁶⁴, pero

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

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

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

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

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 38 y 39, párr. 63, y pág. 42, párr. 72, y también pág. 130 (opinión separada del magistrado Fouad Ammoun) («la facultad de formular reservas a la aplicación de [una disposición de un tratado] presupone la inexistencia, en el espíritu de los signatarios de la Convención, de la *opinio juris sive necessitatis*. Esta última requiere tener conciencia del carácter vinculante de la norma, y es evidente que, cuando se reserva el derecho de no aplicar una norma, esta no se considera vinculante»). Véase también *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 305 (opinión separada del magistrado Petrén) (donde se señala que, al aprobar un tratado que permite la denuncia, los signatarios «muestran [...] que siguen opinando que el derecho internacional consuetudinario no prohíbe [la obligación indicada en el tratado]»); *Nahimana et al. v. Prosecutor*, causa ICTR-99-52-A, fallo (Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Rwanda), 28 de noviembre de 2007 (opinión parcialmente disidente del magistrado Meron), párr. 5 («El número y el alcance de las reservas revelan que sigue habiendo un profundo desacuerdo en la comunidad internacional sobre si está prohibido

esas consideraciones no necesariamente indican que no exista *opinio juris*, ya que la costumbre y el tratado pueden coexistir de manera independiente²⁶⁵. En cualquier caso, determinar «si una norma de un tratado es prueba suficiente de una *opinio juris* a los efectos del derecho consuetudinario es esencialmente una cuestión fáctica; han de examinarse las declaraciones, las pretensiones y la conducta del Estado»²⁶⁶ para determinarlo.

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

La concordancia entre diversos tratados, incluso en número considerable, no constituye *per se* una prueba suficiente, ni siquiera una presunción suficiente, de que la comunidad internacional en su conjunto considera esos tratados como prueba del derecho consuetudinario general. Por el contrario, hay algunos casos en que esos tratados parecen constituir una prueba de ciertas excepciones respecto de la normativa general²⁶⁸;

o debería prohibirse la mera incitación al odio, lo cual indica que el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reflejan un principio asentado. Dado que no ha cristalizado el consenso entre los Estados, está claro que no existe ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que tipifique como delito la mera incitación al odio»; Austria, *Diplomatic Immunity of Domestic Servants Case* (Tribunal Supremo), OGH 6 Ob 94/71, sentencia de 28 de abril de 1971, SZ 1971, núm. 44/56, 204.

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

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

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

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

(Continuación en la página siguiente.)

g) *Las resoluciones de órganos deliberativos de organizaciones internacionales, como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las resoluciones de conferencias internacionales.* La *opinio juris* puede deducirse de las actitudes de los Estados respecto de los textos no vinculantes que pretenden, explícita o implícitamente, declarar el derecho existente, y que pueden expresarse mediante el voto (a favor, en contra o de abstención) sobre la resolución, mediante la adhesión a un consenso o mediante declaraciones realizadas respecto de la resolución²⁶⁹.

(Continuación de la nota 268.)

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

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

Sin embargo, tal deducción debe llevarse a cabo «con las debidas precauciones»²⁷⁰, ya que en la práctica los Estados pueden tener motivos diversos para adherirse al texto de una resolución (o para rechazarlo): en efecto, «el apoyo a las resoluciones declaratorias de derecho [...] debería evaluarse a la luz de las condiciones que rodean ese acto. No es en absoluto evidente que la votación a favor de una resolución declaratoria de derecho sea en sí misma una prueba concluyente de la creencia de que la resolución expresa una norma jurídica»²⁷¹. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en relación con las resoluciones de la Asamblea General,

aunque no son vinculantes, [esas resoluciones] pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo²⁷².

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

resolución es refutable» (conclusión 21). Rosenne ha señalado que, «a fin de determinar si un Estado concreto ha dado efectivamente su consentimiento a esa resolución, en su totalidad o en parte, es necesario examinar de cerca todo el procedimiento seguido en el órgano que aprobó la resolución» (*Practice and Methods of International Law*, pág. 112).

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

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

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

Estados, no existe una *opinio juris* general sobre el carácter normativo de la resolución; en otras palabras, dicha resolución «dista de establecer la existencia de una *opinio juris*»²⁷³. Asimismo, una resolución aprobada por unanimidad (o por una mayoría abrumadora y representativa) puede ser una prueba de una convicción jurídica generalizada²⁷⁴. Además, cuando un Estado no solo se abstiene de formular objeciones a la aprobación de una resolución declaratoria de derecho, sino que asume también un papel activo en su aprobación, se puede considerar que ha «aceptado como derecho» el contenido normativo de esta²⁷⁵. Por último, puede ocurrir que «una serie de resoluciones [que contengan declaraciones concordantes] muestre la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma»²⁷⁶; por

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

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

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

²⁷⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 1996, pág. 255, párr. 70; véase también pág. 532 (opinión disidente del magistrado Weeramantry) («Las declaraciones de la Asamblea General, principal órgano representativo de la comunidad mundial, no constituyen derecho por sí mismas, pero, cuando se reiteran en forma continua, [pueden] afianzar considerablemente la opinión [sobre qué constituye una norma de derecho internacional consuetudinario]»; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 2004, pág. 236 (opinión separada del magistrado Al-Khasawneh) («[un gran número de resoluciones aprobadas por mayorías abrumadoras o por consenso que formulan reiteradamente la misma declaración], aunque no son vinculantes, producen no obstante efectos jurídicos e indican una manifestación constante de la *opinio juris* de la comunidad internacional»); *South West Africa* (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports* 1966, pág. 292 (opinión disidente del magistrado Tanaka) («Evidentemente, no podemos admitir que resoluciones, declaraciones, sentencias, decisiones, etc., tengan por separado fuerza vinculante para los miembros de la organización [internacional]. Lo que requiere el derecho internacional consuetudinario es la repetición de la misma práctica; en consecuencia, en este caso es necesario que se hayan adoptado de manera reiterada resoluciones, declaraciones, etc., sobre el mismo tema en la misma organización o en organizaciones distintas. Con esa repetición, y dado que cada resolución, declaración, etc., se considera una manifestación de la voluntad colectiva de los distintos Estados participantes, la voluntad de la comunidad internacional puede formularse ciertamente de manera más rápida y precisa que con el método tradicional del proceso normativo. Este proceso colectivo, acumulativo y orgánico de creación de costumbre puede calificarse de vía intermedia entre legislar por medio de convenciones y el proceso tradicional de creación de la costumbre, y cabe considerar que desempeña un papel importante en el desarrollo del derecho internacional. En resumen, la acumulación de pronunciamientos autorizados de órganos competentes de la comunidad internacional sobre la interpretación de la Carta, como resoluciones, declaraciones, decisiones, etc., puede considerarse una prueba de la costumbre internacional mencionada en el Artículo 38, párrafo 1 b)»); Suy, «Innovation in international law-making processes», pág. 190 («la [*opinio juris*] también puede surgir [...] mediante la mera repetición de principios en resoluciones posteriores aprobadas por los Estados»).

supuesto, esto también dependerá de las circunstancias particulares²⁷⁷.

77. *La inacción como prueba del elemento subjetivo*. La «aceptación como derecho» también puede determinarse mediante la inacción o abstención, cuando estas conductas suponen un asentimiento o aquiescencia a una práctica²⁷⁸. En palabras de Gerald Fitzmaurice,

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

Véase, sin embargo, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, pág. 112 («Hoy en día hay tendencia a que los programas de los órganos internacionales sean excesivamente repetitivos, y las votaciones repetidas son un reflejo inerte de una decisión de política adoptada cuando la cuestión se sometió por primera vez a debate»). Compárese con *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 1975, pág. 99 (opinión separada del vicepresidente Fouad Ammoun) («La Asamblea General ha afirmado la legitimidad de esa lucha [para liberarse de la dominación extranjera] en al menos cuatro resoluciones [...] que, consideradas en su conjunto, constituyen una costumbre») y pág. 121 (opinión separada del magistrado Dillard) («incluso si una resolución concreta de la Asamblea General no es vinculante, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones con un contenido similar, votadas con frecuencia por mayorías abrumadoras y repetidas durante cierto período de tiempo, puede dar lugar a una *opinio juris* general y, por tanto, constituir una norma de derecho internacional consuetudinario»).

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

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

la tolerancia de los demás Estados interesados; por sí sola, no entraña necesariamente tal cosa. Solo es así cuando se requiere la oposición para evitar que, en defecto de ella, se presuma el consentimiento o la aquiescencia. No ocurre así, en particular, cuando la práctica o el uso de que se trate no haya llegado a conocimiento de otros Estados o, en todo caso, cuando carezca de una notoriedad que haga presumir su conocimiento; no es así, tampoco, cuando el uso o la práctica se presente en forma tal que, racionalmente, no sea posible a otros Estados conocer su verdadero carácter²⁷⁹.

78. La práctica contradictoria (es decir, la práctica que no se ajusta a la presunta norma de derecho internacional consuetudinario) puede ser una prueba de la falta de «aceptación como derecho»²⁸⁰, al igual que puede servir para evitar que cierta práctica se considere asentada. Sin embargo, la práctica que no se ajusta a una norma puede ser una ocasión para reafirmar una *opinio juris* si esa acción se justifica en términos que apoyan la norma consuetudinaria²⁸¹.

79. La prueba de la «aceptación como derecho» por un Estado en particular (o una organización internacional) puede no ser uniforme; por ejemplo, «los gobiernos y los tribunales nacionales de un mismo Estado pueden tener

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

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

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

diferentes opiniones sobre la misma cuestión, lo que dificulta aún más la determinación de la *opinio juris* de ese Estado»²⁸². Al igual que con la práctica, esa ambivalencia podría socavar la importancia de la *opinio juris* de ese Estado (u organización intergubernamental) al tratar de determinar si existe o no una norma de derecho internacional consuetudinario.

80. Se propone el siguiente proyecto de conclusión:

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VI

Programa de trabajo futuro

81. Como ya se anunció²⁸³, en el tercer informe, que se presentará en 2015, se continuará con el debate sobre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario («una práctica general»; «aceptada como derecho») y la relación entre ellos a la luz de los avances sobre el tema realizados en 2014. En dicho informe se abordarán con más detalle algunos aspectos concretos mencionados en el presente informe, en particular la función de los tratados, las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales y las organizaciones internacionales en general. En el tercer informe también se abordará la norma del «objeto persistente» y el derecho internacional

consuetudinario «especial» o «regional», así como la «costumbre bilateral».

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

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

²⁸⁴ *Ibid.*, párr. 9.

Asamblea General y que a día de hoy aún conservan su importancia²⁸⁵.

83. Como se mencionó anteriormente, la diseminación y localización de la práctica (y la *opinio juris*) sigue siendo una cuestión práctica importante en las circunstancias del mundo moderno²⁸⁶. Se propone, por tanto, que los proyectos de conclusión se complementen con

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

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

indicaciones sobre dónde y cómo encontrar la práctica y la aceptación como derecho. En esas indicaciones se describirían los distintos lugares en que podría encontrarse la práctica y la *opinio juris*, por ejemplo en compilaciones y otras publicaciones de Estados concretos, así como en publicaciones sobre la práctica en ámbitos específicos del derecho internacional.

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

ANEXO

Proyectos de conclusión propuestos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Proyecto de conclusión 1. Alcance

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

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

Proyecto de conclusión 2. Términos empleados

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

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

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

c) ...

SEGUNDA PARTE

DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Proyecto de conclusión 3. Enfoque básico

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

Proyecto de conclusión 4. Valoración de la prueba

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

TERCERA PARTE

UNA PRÁCTICA GENERAL

Proyecto de conclusión 5. Función de la práctica

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

Proyecto de conclusión 6. Atribución de la conducta

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

Proyecto de conclusión 7. Formas de la práctica

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

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

3. La inacción también puede constituir práctica.

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

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

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

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

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

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

2. La práctica debe ser uniforme en general.

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

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

CUARTA PARTE

ACEPTADA COMO DERECHO

Proyecto de conclusión 10. Función de la aceptación como derecho

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

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

Proyecto de conclusión 11. Prueba de la aceptación como derecho

1. La prueba de la aceptación de una práctica general como derecho puede asumir una gran diversidad de

formas, que pueden variar según la naturaleza de la norma y las circunstancias en que esta deba aplicarse.

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

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

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

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

[Tema 10 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/674*

Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial

[Original: inglés]
[30 de mayo de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	224
Obras citadas en el presente informe	226
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-7 226
<i>Capítulo</i>	
I. INCLUSIÓN DEL TEMA EN EL PROGRAMA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN Y CONSULTAS ANTERIORES CELEBRADAS EN LA COMISIÓN.....	8-12 227
II. DEBATE DE LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL EN SU SEXAGÉSIMO OCTAVO PERÍODO DE SESIONES (2013)	13-15 228
III. RESPUESTAS A CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES SERÍAN DE PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN	16-22 229
IV. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	23-48 230
A. Política ambiental de las misiones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz	43-44 233
B. OTAN	45-46 233
C. Conclusiones y descargo de responsabilidad.....	47-48 234
V. OBJETO DEL PRESENTE INFORME.....	49-57 234
VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE, LA METODOLOGÍA Y EL RESULTADO DEL TEMA, SOBRE LA BASE DE LOS DEBATES PREVIOS EN LA COMISIÓN Y EN LAS NACIONES UNIDAS.....	58-67 235
VII. TÉRMINOS EMPLEADOS	68-86 237
A. «Conflicto armado»	69-78 237
B. «Medio ambiente»	79-86 238
VIII. FUENTES Y OTROS MATERIALES DE CONSULTA	87-93 240
IX. RELACIÓN CON OTROS TEMAS TRATADOS POR LA COMISIÓN, INCLUIDOS LOS QUE FIGURAN EN EL PROGRAMA ACTUAL.....	94-116 241
A. Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación.....	97-101 241
B. Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008)	102-105 242
C. Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (2011).....	106-111 242
D. Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001).....	112 243
E. Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)	113 243

* En el que se incorpora el documento A/CN.674/Corr.1.

	Párrafos	Página
F. Labor de la Comisión sobre otras cuestiones	114–116	243
X. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS AMBIENTALES	117–156	244
A. Desarrollo sostenible	125–132	245
B. Prevención y precaución.....	133–147	246
C. Quien contamina, paga	148–149	249
D. Evaluación del impacto ambiental.....	150–153	249
E. Diligencia debida.....	154–156	249
XI. DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE	157–166	250
XII. PROGRAMA DE TRABAJO FUTURO.....	167–173	252
ANEXO. Bibliografía seleccionada		253

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	James Brown Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 100.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Ibíd., vol. 55, núm. 814, pág. 187.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, núms. 970 a 973, págs. 31 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, núm. 970, pág. 31. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 971, págs. 85 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 972, págs. 135 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , núm. 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
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 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, núms. 17512 y 17513, págs. 3 y 609.
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 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 249, n.º 3511, pág. 215.

Fuente

Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Ibíd.
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999)	Ibíd., vol. 2253, n.º 3511, pág. 172.
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.
Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107) (Ginebra, 26 de junio de 1957)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 328, núm. 4738, pág. 247. Véase también, OIT, <i>Convenios y recomendaciones, 1919-1984</i> , Ginebra, 1985, pág. 963.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 993, núm. 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 143.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — «Protocolo de San Salvador» (San Salvador, 17 de noviembre de 1988)	<i>Serie sobre Tratados</i> núm. 69, OEA/Ser.A/44 (SEPF)
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (Londres, México, Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, núm. 15749, pág. 120.
Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.
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, núm. 22495, pág. 137.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.
Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la OIT (Ginebra, 27 de junio de 1989)	Ibíd., vol. 1650, núm. 28383, pág. 383. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 58, 8 de marzo de 2007.
Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.
Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) (París, 22 de septiembre 1992)	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> , núm. L 104, de 3 de abril de 1998, pág. 2.
Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vols. 1867 a 1869, núm. 31874, pág. 3.
Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	Ibíd.
Acuerdo entre los Estados partes en el Tratado del Atlántico Norte y otros Estados participantes en la Asociación para la Paz relativo al estatuto de sus fuerzas (Bruselas, 19 de junio de 1995)	Estados Unidos, <i>Treaties and other international acts series</i> , 12666.
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)	Resolución 51/229 de la Asamblea General, de 21 de mayo de 1997.
Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2161, núm. 37770, pág. 447.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, núm. 38544, pág. 308.

Obras citadas en el presente informe

- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE y Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel
Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BOWMAN, Michael
 «Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law. Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 41 a 61.
- DAS, Onita
Environmental Protection, Security and Armed Conflict. A Sustainable Development Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- DE SADELEER, Nicolas
EU Environmental Law and the Internal Market, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ELIAS, Olufemi
 «Environmental impact assessment», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 227 a 242.
- FRENCH, Duncan
 «Sustainable development», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 51 a 68.
- JENSEN, David y Silja HALLE (eds.)
Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, PNUMA, 2012.
- KOROMA, Abdul G.
 «Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice», en Jonas Ebbesson y otros (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leiden, Brill, 2014, págs. 189 a 201.
- OIT
Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Ginebra, OIT, 2009.
- OVIDO, Gonzalo, Luisa MAFFI y Peter Bille LARSEN
Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation. An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity, Gland, Fondo Mundial para la Naturaleza, 2000.
- PLANT, Roger
Land Rights and Minorities, Londres, Minority Rights Group, 1994.
- SANDS, Philippe
Principles of International Environmental Law, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHWARTZ, Priscilla
 «The polluter-pays principle», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 243 a 257.
- TROUWBORST, Arie
Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, La Haya, Kluwer, 2002.
- VOIGT, Christina
Sustainable Development as a Principle of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- WALEJ, Annica y otros
Greening peace operations – policy and practice, Estocolmo, FOI, 2011.
- WARSTA, Matias
 «Towards sustainable defence - The strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces», en Matias Warsta (ed.), *Conference Proceedings 2013. European Conference of Defence and the Environment*, Helsinki, Ministerio de Defensa de Finlandia, 2013, págs. 165 a 172.

Introducción

1. Desde hace mucho tiempo se reconoce que los efectos ambientales que se producen tanto durante los conflictos armados como después de ellos pueden representar una grave amenaza para los medios de vida e incluso para la propia existencia del ser humano y la comunidad. A diferencia de muchas de las otras consecuencias de los conflictos armados, los daños al medio ambiente pueden ser de larga duración e irreparables y pueden dificultar la reconstrucción eficaz de la sociedad, provocar la destrucción de zonas vírgenes y causar alteraciones en importantes ecosistemas¹.

2. Hasta el momento, la protección del medio ambiente durante los conflictos armados se ha enfocado principalmente desde el punto de vista del derecho de los conflictos armados. Sin embargo, esta perspectiva es demasiado limitada, ya que en el derecho internacional moderno se reconoce que el derecho internacional aplicable durante los conflictos armados puede ser más amplio que el

derecho de los conflictos armados. Así lo ha reconocido también la Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo en sus recientes trabajos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. En estos trabajos se toma como punto de partida el supuesto de que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación².

3. Puesto que el derecho aplicable en relación con los conflictos armados excede claramente el ámbito del derecho de los conflictos armados en ocasiones no basta recurrir al derecho internacional humanitario como *lex specialis* con la esperanza de hallar una solución para un problema jurídico concreto. Pueden ser aplicables otras ramas del derecho internacional, tales como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional ambiental. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia, aunque no ha precisado cuándo un conjunto de normas tiene precedencia sobre los otros:

¹ Véase la sinopsis sobre el tema que figura en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V.

² *Ibíd.*, párr. 100, proyecto de artículo 3.

Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario³.

4. En su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la Corte Internacional de Justicia también ha reconocido que las consideraciones ambientales deben tenerse en cuenta en tiempo de guerra:

Por consiguiente, la Corte estima que aunque el derecho internacional vigente en materia de protección y salvaguardia del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado⁴.

Para llegar a este razonamiento, la Corte Internacional de Justicia recordó la conclusión de su opinión consultiva *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of the 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, en la que señaló que su conclusión «no afecta a las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio natural»⁵. La Corte indicó que «aunque esa declaración se hizo en el marco de los ensayos nucleares, evidentemente, se aplica también al empleo de armas nucleares en caso de conflicto armado»⁶. Cabe destacar asimismo que el supuesto en que se fundamenta el razonamiento de la Corte también ha sido reconocido por

³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 178, párr. 106. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 54.

⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 243, párr. 33; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111. Cabe destacar que es la conclusión general de la Corte sobre los «importantes factores ambientales que han de tenerse debidamente en cuenta en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho relativo a los conflictos armados» lo que resulta de interés para el presente tema, y no su examen de ningún tipo de arma en concreto.

⁵ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of the 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 306, párr. 64. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 95.

⁶ Véase la nota 4 *supra*.

la Comisión, en particular en el marco de su labor sobre la fragmentación del derecho internacional, entre otros trabajos⁷.

5. Aunque se presupusiera que durante los conflictos armados solo es aplicable el derecho de los conflictos armados, este derecho abarca normas relativas a las medidas adoptadas antes de los conflictos armados y después de ellos. Por tanto, el derecho de los conflictos armados no se limita a la situación de los propios conflictos armados. Consecuentemente, las normas aplicables de la *lex specialis* (el derecho de los conflictos armados) coexisten con otras normas de derecho internacional⁸.

6. Parece que ningún Estado u órgano judicial pone en tela de juicio la aplicación paralela de distintas ramas del derecho internacional, tales como el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho ambiental. También parece que los Estados y los órganos judiciales tienen dudas en cuanto a la aplicación exacta de esas ramas del derecho. Resulta comprensible la cautela de los Estados y los órganos judiciales a la hora de determinar con exactitud el modo en que opera la aplicación paralela y los casos en que la *lex specialis* prevalece claramente como único derecho aplicable. A la vez, es necesario llevar a cabo un análisis y extraer conclusiones con respecto a esta incertidumbre.

7. El panorama jurídico y político ha cambiado desde la aprobación, hace casi 40 años, de normas específicas para la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, a saber, la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Convención sobre la Modificación Ambiental) y 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). En aquel entonces, el derecho ambiental internacional se encontraba en ciernes. Además, los conflictos armados eran de naturaleza distinta: la mayoría de los conflictos podían clasificarse como de carácter internacional o como guerras de liberación, mientras que hoy en día son más comunes los conflictos armados no internacionales de otra índole. Esta nueva realidad puede plantear dificultades al aplicar la legislación vigente.

⁷ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1.

⁸ *Ibíd.*, párr. 173.

CAPÍTULO I

Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión y consultas anteriores celebradas en la Comisión

8. En el contexto descrito anteriormente, la Comisión, durante su 63.º período de sesiones, en 2011, decidió incluir el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» en su programa de trabajo a largo plazo⁹. La inclusión del tema se basó en

⁹ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367. Esto significa que el tema se ajustaba a los criterios para la selección de

la propuesta que figura en el anexo V del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones¹⁰. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, tomó nota de la

temas recomendados por la Comisión. Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 120, párr. 553.

¹⁰ Véase la nota 1 *supra*.

inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

9. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión decidió incluir el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» en su programa de trabajo y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson.

10. Una vez incluido en el programa de trabajo a largo plazo, el examen del tema continuó con la celebración de consultas oficiosas, que comenzaron durante el 64.º período de sesiones de la Comisión, en 2012. Las consultas oficiosas de 2012 brindaron a los miembros la oportunidad de exponer sus opiniones sobre el tema. En esta etapa, quedó claro que los miembros eran partidarios de la inclusión del tema en el programa de la Comisión, pues ninguno de ellos se opuso.

11. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión celebró consultas oficiosas de carácter más sustantivo.

Estas consultas iniciales sirvieron a los miembros de la Comisión para reflexionar y formular observaciones sobre los pasos siguientes. Los elementos de la labor que se debatieron fueron el alcance y la metodología general, incluida la división del trabajo en fases temporales, así como el calendario de las acciones futuras. Se estableció un plazo de tres años y se dispuso la presentación anual de un informe para su examen por la Comisión.

12. La Relatora Especial expuso ante la Comisión un informe oral basado en las consultas oficiosas, del cual la Comisión tomó nota¹¹. La Comisión también acordó solicitar a los Estados que proporcionasen ejemplos de casos en que el derecho internacional ambiental, incluidos los tratados regionales y bilaterales, habían seguido aplicándose en tiempos de conflicto armado internacional o no internacional¹².

¹¹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 133. Las consultas se celebraron el 6 de junio y el 9 de julio de 2013.

¹² *Ibid.*, cap. III, Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión, párr. 28.

CAPÍTULO II

Debate de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones (2013)

13. Alrededor de 28 Estados abordaron el tema durante el sexagésimo octavo período de sesiones de la Sexta Comisión, tomando como base el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones (2013)¹³. Una gran mayoría de Estados manifestaron explícitamente su satisfacción por la inclusión del tema y varios de ellos formularon declaraciones sustantivas al respecto¹⁴. De los 28 Estados que hicieron uso de la palabra durante el debate, solo 2 expresaron dudas sobre la decisión de incluir el tema¹⁵. También se manifestó cierta preocupación en cuanto al alcance del tema y al riesgo de que tuviera ramificaciones que se extendieran mucho más allá de la cuestión de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados¹⁶. Un Estado señaló que consideraba necesario el desarrollo progresivo de este ámbito del derecho¹⁷.

¹³ Austria, Bélgica, Cuba, Eslovenia, España, Estados Unidos, Federación de Rusia, Finlandia (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Irlanda, Italia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Portugal, República Checa, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica y Suiza.

¹⁴ Por ejemplo, Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 68; Finlandia, en nombre de los países nórdicos, *ibid.*, párr. 44; Portugal, 17.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 86; Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 46; Italia, *ibid.*, párr. 2; Nueva Zelandia, *ibid.*, párr. 102; Sudáfrica, *ibid.*, párr. 24; Cuba, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 70; Malasia, *ibid.*, párr. 29; México, *ibid.*, párr. 17; y República Islámica del Irán, 26.ª sesión (A/C.6/68/SR.26), párr. 8.

¹⁵ La Federación de Rusia señaló que «ya existe una reglamentación suficiente en el marco del derecho internacional humanitario» y que «los períodos anterior y posterior a un conflicto armado se consideran tiempo de paz, durante el cual son plenamente aplicables las normas generales de protección del medio ambiente», *ibid.*, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 47. Francia reafirmó «las dudas expresadas anteriormente sobre la viabilidad de trabajar sobre esa cuestión», 17.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 105.

¹⁶ Estados Unidos, *ibid.*, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 54.

¹⁷ Malasia, *ibid.*, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 29.

14. La mayoría de los Estados acogieron con satisfacción el enfoque temporal y la metodología general. Algunos subrayaron las dificultades para separar las distintas fases¹⁸. Si bien algunos expresaron su preferencia en cuanto a cuál debía ser el eje central de la labor, no es posible extraer una conclusión general. Unos cuantos Estados subrayaron expresamente que la fase II (relativa a las medidas adoptadas durante los conflictos armados) no debía ser el eje central de la labor, dado que ya existen normas y principios relativos a las situaciones de conflicto armado. Algunos Estados¹⁹ acogieron con satisfacción y destacaron la importancia de abordar tanto los conflictos armados internacionales como los no internacionales. Varios Estados indicaron que se debían abordar el derecho de los refugiados y las consecuencias para el medio ambiente en el contexto de los refugiados y los desplazados internos²⁰. Algunos Estados se pronunciaron sobre si debía tratarse la cuestión de las armas y expresaron opiniones divergentes²¹. Un Estado manifestó su deseo de que la Comisión abordase la remoción de minas²².

¹⁸ Esta opinión es afín a la posición adoptada por la Relatora Especial en el informe oral que presentó a la Comisión en 2013, en el que se sugería que no podía trazarse una línea divisoria estricta entre las distintas fases. Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 137.

¹⁹ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 68; Suiza, *ibid.*, párr. 61, y Sudáfrica, 24.ª sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 28.

²⁰ República Islámica del Irán, *ibid.*, 26.ª sesión (A/C.6/68/SR.26), párr. 9, y Sudáfrica, 24.ª sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 28.

²¹ Cuba, *ibid.*, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 70; Malasia, *ibid.*, párr. 30, y Portugal, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 82, señalaron que debía abordarse la cuestión de las armas, mientras que Austria, *ibid.*, párr. 69, el Reino Unido, *ibid.*, párr. 89, Rumania, *ibid.*, párr. 87, y Singapur, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 114 indicaron que no debía tratarse esta cuestión.

²² República Islámica del Irán, *ibid.*, 26.ª sesión (A/C.6/68/SR.26), párr. 9.

Otro destacó la importancia de tener en cuenta cuestiones relativas a la responsabilidad en relación con los daños causados al medio ambiente²³. Algunos Estados también destacaron el impacto de la guerra en el desarrollo sostenible²⁴. Un Estado expresó su deseo de que se incluyese la protección de la propiedad cultural²⁵.

15. Varios Estados analizaron los posibles resultados de la labor sobre el tema e indicaron su preferencia por la elaboración de un proyecto de directrices en lugar de

²³ Nueva Zelandia, *ibíd.*, 24.^a sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 103.

²⁴ Perú, *ibíd.*, 18.^a sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 27, y Sudáfrica, 24.^a sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 24.

²⁵ Italia, *ibíd.*, 24.^a sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 4.

un proyecto de artículos²⁶. Dos Estados afirmaron que el tema no era apropiado para un proyecto de convención²⁷. Por otra parte, un Estado señaló que la elaboración de un proyecto de artículos constituiría un resultado positivo del trabajo de la Comisión sobre este tema²⁸.

²⁶ India, *ibíd.*, 19.^a sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 21; Italia, 24.^a sesión (A/C.6/68/SR.24), párr. 5, y Singapur 25.^a sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 114.

²⁷ Estados Unidos, *ibíd.*, 23.^a sesión (A/C.6/68/SR.23), párr. 55, y España, 25.^a sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 2. También se sugirió que probablemente el tema se prestaba más a la elaboración de directrices no vinculantes en la declaración formulada por la Relatora Especial en su presentación del tema a la Comisión en 2013, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 143.

²⁸ República Checa, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones*, 25.^a sesión (A/C.6/68/SR.25), párr. 95.

CAPÍTULO III

Respuestas a cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión

16. En su informe sobre la labor realizada en su 65.^o período de sesiones, de conformidad con la práctica establecida, la Comisión solicitó información sobre cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones le resultarían de particular interés²⁹. La Comisión expresó su deseo de:

recibir información de los Estados sobre si, en su práctica, el derecho ambiental internacional o interno se ha considerado aplicable en relación con conflictos armados internacionales o no internacionales. La Comisión agradecería en especial que se le proporcionaran ejemplos de:

a) tratados, en particular tratados regionales o bilaterales pertinentes;

b) legislación nacional pertinente para el tema, en particular medidas legislativas para llevar a efecto tratados bilaterales o regionales; y

c) jurisprudencia sobre la aplicación del derecho ambiental internacional o interno en controversias derivadas de situaciones de conflicto armado³⁰.

17. Los siguientes Estados respondieron a la solicitud de la Comisión: Alemania, Botswana, El Salvador, México y República Checa³¹.

18. Botswana informó a la Comisión de que no era parte en los tratados relativos a la protección del medio ambiente en los conflictos armados, ni había aprobado ninguna legislación interna sobre este tema. Además, Botswana indicó a la Comisión que ningún tribunal nacional había tratado este asunto³².

19. La respuesta de El Salvador³³ se dividía en tres secciones: a) medidas a escala nacional; b) medidas a

escala internacional; y c) medidas a escala regional. En la Constitución de El Salvador se consagra que es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible. Además, se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales. Esto se refleja asimismo en la Ley del Medio Ambiente de 1998³⁴, que tiene por objeto enfrentar de forma integral los problemas ambientales mediante una legislación ambiental moderna que sea coherente con los principios de sostenibilidad del desarrollo económico y social. El Salvador destacó que la obligación establecida es una obligación básica del Estado, los municipios y los habitantes en general y que vela por la aplicación de los tratados o convenios internacionales celebrados por El Salvador en esta materia. Aunque la Ley del Medio Ambiente no hace referencia expresa a la protección ambiental durante los conflictos armados, tiene un propósito amplio que abarca las obligaciones establecidas en diversos instrumentos normativos. Además, dado que las obligaciones del Estado a ese respecto dimanar directamente de la Constitución, se puede decir que la obligación de proteger el medio ambiente es aplicable en todo momento, ya que no existen excepciones ni disposiciones de suspensión, ni siquiera durante los conflictos armados.

20. El Salvador concluyó que esto refleja la existencia de una relación indisoluble entre la seguridad y la protección del medio ambiente, que subsiste incluso en situaciones no consideradas conflictos armados en el sentido más estricto. La relación también funciona a la inversa: las amenazas al medio ambiente, en particular los desastres naturales, pueden tener efectos adversos sobre la seguridad, ya que generan tensiones y provocan la exclusión de personas a las que quizá no quede más opción que unirse a grupos armados o cometer delitos de diversa índole.

²⁹ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Nota verbal de 31 de enero de 2014 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente de la República Checa ante las Naciones Unidas.

³² Nota verbal de 24 enero de 2014 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente de Botswana ante las Naciones Unidas.

³³ Nota verbal de 29 enero de 2014 dirigida a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría por la Misión Permanente de El Salvador ante las Naciones Unidas.

³⁴ *Diario Oficial de la República de El Salvador*, t. 339, núm. 79, 4 de mayo de 1998.

21. México indicó que los acuerdos bilaterales y multilaterales sobre el medio ambiente en los que era parte no establecían ninguna obligación especial con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados³⁵. Además, recordó que 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) prohibía el empleo de medios de combate que pudieran causar daños duraderos y graves al medio ambiente, y reiteró el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo³⁶.

22. Alemania presentó información relativa a acuerdos bilaterales y a un estudio realizado en 2001 por el Organismo Federal del Medio Ambiente sobre la reglamentación jurídica de los efectos de las actividades militares en el medio ambiente, en el cual señaló, por ejemplo, que el derecho internacional en vigor proporciona una protección limitada frente a las amenazas contemporáneas

³⁵ Nota verbal de 26 de febrero de 2014 dirigida a la secretaría de la Comisión por la Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas.

³⁶ *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 (A/CONF.151/26/Rev.1)* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8), vol. I, anexo I.

que plantea la guerra para el medio ambiente³⁷. Asimismo, informó a la Comisión de que en el Manual de 2013 de los Servicios Conjuntos de las Fuerzas Armadas Federales sobre el Derecho de los Conflictos Armados se abordaban los métodos y medios de guerra que afectan al medio ambiente³⁸. Además, Alemania presentó citas de los acuerdos bilaterales que conforman la práctica estatal en la materia, a saber, un acuerdo entre Alemania y la Fuerza de Kosovo (KFOR)/OTAN, así como un acuerdo entre Alemania y el Afganistán³⁹. Los acuerdos trataban sobre la exportación de los residuos generados durante los despliegues de la KFOR y de las Fuerzas Armadas Federales, respectivamente.

³⁷ Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, resumen, párr. 2.

³⁸ Nota verbal de 30 de diciembre de 2013 dirigida al Secretario General por la Misión Permanente de Alemania ante las Naciones Unidas.

³⁹ Acuerdo de fechas 3 de diciembre de 1999 y 15 de febrero de 2000 entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y la KFOR/OTAN sobre la exportación de residuos de Kosovo durante el despliegue de la KFOR a fin de eliminarlos de manera ambientalmente inocua en Alemania, y acuerdo de fechas 6 de julio y 9 de noviembre de 2002 entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno del Estado Islámico de Transición del Afganistán sobre la exportación del Afganistán de residuos generados durante el despliegue de las Fuerzas Armadas Federales a fin de eliminarlos de forma ambientalmente racional, según se citan en la nota verbal de la Misión Permanente de Alemania de fecha 30 de diciembre de 2013.

CAPÍTULO IV

Práctica de los Estados y organizaciones internacionales

23. Además de la información facilitada por los Estados en respuesta directa a la invitación de la Comisión, la Relatora Especial ha obtenido información comunicándose con los Estados y organizaciones internacionales. Dado que contribuye a la interpretación del presente informe, dicha información se expone en las siguientes secciones.

24. Pese al escaso número de respuestas de los Estados a las preguntas planteadas por la Comisión en su informe de 2013, la Relatora Especial sigue convencida de que un número considerable de Estados tienen leyes o reglamentaciones en vigor destinadas a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados. En primer lugar, las fuerzas militares están sujetas a la legislación nacional aplicable en tiempo de paz. Lo más probable es que las fuerzas armadas, como entidad estatal, estén sujetas a la misma ley que cualquier otra entidad del Estado, aunque pueden existir normas especiales a los efectos de las tareas específicas que realizan. En segundo término, las obligaciones que impone el derecho internacional y las restricciones nacionales suelen reflejarse, en la mayoría de las ocasiones, en las normas para entablar combate que aplican las fuerzas armadas de los Estados. En tercer lugar, tras la cesación de las hostilidades, la reglamentación propia de tiempos de paz vuelve a aplicarse por defecto. Esto se suma a las normas específicas sobre limpieza y restauración (por ejemplo, la limpieza de campos de minas).

25. La Relatora Especial espera que los Estados faciliten más información en relación con las preguntas formuladas

por la Comisión. Mientras tanto, es interesante examinar algunos ejemplos de legislación nacional.

26. Durante el debate que la Sexta Comisión mantuvo en 2013, algunos Estados se refirieron a su legislación o a consideraciones de política ambiental. Por ejemplo, los Estados Unidos declararon que, desde hace tiempo, la protección del medio ambiente era una prioridad para su ejército, no solo para asegurar la disponibilidad de la tierra, el agua y el espacio aéreo necesarios para mantener la capacidad militar, sino también para preservar recursos insustituibles para las generaciones futuras, y reafirmaron que «[l]a protección del medio ambiente durante un conflicto armado [era] deseable *como cuestión de política** por una variedad de razones de orden militar, civil, sanitario y económico, además de las razones puramente ambientales»⁴⁰.

27. En el caso de China, el Reglamento del Ejército Popular de Liberación de China sobre la Protección del Medio Ambiente (2004) contiene disposiciones sobre la prevención y la reducción de la contaminación y los daños al medio ambiente. Además, incluye la obligación de velar por que se cumplan los requisitos de protección del medio ambiente en el desarrollo y la producción de equipo militar y por que, en el ensayo, el uso y la destrucción de ese equipo, se adopten medidas para eliminar o reducir la contaminación y los daños al medio ambiente.

⁴⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23)*, párr. 54.

El ejército debe aplicar (adoptar) un sistema de evaluaciones del impacto ambiental destinado a abarcar diversas actividades, como la organización de maniobras militares, el ensayo de equipo militar, el manejo de desechos (militares) y la realización de obras. Da la impresión de que las medidas previstas en el Reglamento regulan situaciones anteriores a conflictos, en particular el ensayo de armas. También parecen cumplir (en parte) los requisitos 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).

28. Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia se preocupan desde hace tiempo de las cuestiones ambientales en general, así como de la protección específica del medio ambiente durante los conflictos armados. En la 31.^a Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 2011, esos Estados se comprometieron, entre otras cosas, a «emprender y apoyar un estudio concertado donde se haga hincapié en la pertinencia del marco jurídico existente para la protección del medio natural en los conflictos armados contemporáneos y se determinen las posibles lagunas en ese contexto»⁴¹. Ese estudio lo está realizando actualmente Noruega⁴².

29. Como norma general, las Fuerzas Armadas de Dinamarca están sujetas a la legislación nacional en esferas como la planificación urbana, la energía y el medio ambiente. No obstante, hay algunas excepciones y normas particulares que se aplican al ejército. Entre estos últimos casos destacan la instalación de turbinas eólicas en las cercanías de bases aéreas y zonas de adiestramiento⁴³, y las excepciones a la orden relativa a la fiscalización de sustancias peligrosas que se aplican a los recintos o campamentos militares⁴⁴. Dentro de la legislación nacional de interés para la protección del medio ambiente cabe mencionar la ley de indemnización por daños al medio ambiente y la ley general de protección del medio ambiente⁴⁵, que, de conformidad con su artículo 1, tiene por objeto contribuir a la protección de la naturaleza y el medio ambiente para que la sociedad se pueda desarrollar de manera sostenible, respetando las condiciones de vida humanas y la preservación de la vida animal y vegetal⁴⁶.

30. Además de la legislación nacional, el Ministerio de Defensa de Dinamarca también cuenta con una serie de estrategias y disposiciones de política sobre cuestiones ambientales. En la Estrategia de Medio Ambiente y Naturaleza se indica que Dinamarca se esfuerza por

garantizar que sus políticas se ajusten a las normas ambientales establecidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO)⁴⁷. Antes de finales de 2018, todas las divisiones del Ministerio de Defensa deberán cumplir esas normas en la aplicación de las disposiciones sobre ordenación del medio ambiente⁴⁸. En operaciones internacionales, las fuerzas armadas respetan una serie de normas y disposiciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente, como las establecidas por la OTAN⁴⁹.

31. La mayor parte de la legislación ambiental de Finlandia, tanto a nivel de la UE como en el plano nacional, incluye algunas normas especiales aplicables al ejército. Las Fuerzas de Defensa de Finlandia se ajustan a la legislación ambiental en la medida de lo posible. En teoría, las exenciones son esenciales para garantizar que la legislación ambiental no menoscabe la operatividad y flexibilidad de la defensa. No obstante, en la práctica, rara vez se utilizan tales exenciones. Entre los ejemplos de exenciones destacan las emisiones acústicas de los aviones de caza y las excepciones que figuran en la Ley de Desechos⁵⁰. Las normas especiales incluyen leyes y decretos sobre zonas concretas de protección natural que permiten también su utilización por el ejército⁵¹. Una exención importante a nivel de la UE es la que permite establecer excepciones en el caso de las sustancias utilizadas por el ejército en el marco del Reglamento relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de sustancias y preparados químicos (REACH)⁵².

32. También en Finlandia, las cuestiones ambientales y el impacto sobre el medio ambiente se consideran parte del procedimiento de planificación operativa, que es anterior a cualquier operación o ejercicio militar importante, y se aplican los vigentes Acuerdos de Normalización de la OTAN, que son documentos donde se detalla la forma en

⁴⁷ Ministerio de Defensa, Estrategia de Medio Ambiente y Naturaleza 2012-2015, pág. 17. Puede consultarse en www.fmn.dk/temaer/klimaogmiljoe/Pages/Klimaogmiljoe.aspx. Para más información sobre las normas de la ISO relativas a la protección del medio ambiente, véase ISO, *Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards*, disponible en www.iso.org/iso/thiso14000family_2009.pdf.

⁴⁸ Ministerio de Defensa, Estrategia de Medio Ambiente y Naturaleza 2012-2015, pág. 17.

⁴⁹ Para más información sobre las normas y políticas ambientales de la OTAN, véase, entre otras cosas, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_91048.htm.

⁵⁰ Ley de Desechos, 646/2011. Puede consultarse en www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110646.

⁵¹ Correo electrónico entre el Ministerio de Defensa de Finlandia y la Relatora Especial.

⁵² Véase el Reglamento (CE) núm. 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) núm. 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 396, 30 de diciembre de 2006), art. 2, párr. 3 (en relación con el ámbito de aplicación de la norma, se contempla la posibilidad de establecer, en casos específicos, excepciones al Reglamento para determinadas sustancias en caso de ser necesario por razones de defensa).

⁴¹ Compromiso P1290, contraído por Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia. Puede consultarse en www.icrc.org/pledges.

⁴² El Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega ha encargado el estudio al Instituto de Política y Derecho Internacional de Oslo.

⁴³ Ley de Navegación Aérea núm. 1036, de 28 de agosto de 2013, párrs. 67 y 68. Puede consultarse en www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=158058.

⁴⁴ Orden Ejecutiva sobre Riesgos. Puede consultarse en www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=13011.

⁴⁵ Ley del Ministerio de Justicia núm. 225, de 6 de abril de 1994, de Indemnización por Daños al Medio Ambiente. Puede consultarse en www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=59346.

⁴⁶ Ley de Protección del Medio Ambiente núm. 879, de 26 de junio de 2010. Puede consultarse en www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=132218.

que debe llevarse a cabo esa planificación⁵³. Además, se realizan estudios ambientales de referencia antes de efectuar despliegues en operaciones internacionales⁵⁴.

33. Como parte de la estrategia del Ministerio de Defensa de Finlandia, se publica y actualiza periódicamente una estrategia comunitaria y de medio ambiente. Tanto las Fuerzas de Defensa de Finlandia como la Entidad de Construcción de la Administración de Defensa tienen sus propias políticas ambientales de conformidad con las directrices de la ISO. Algunos de los cuarteles disponen de sistemas de gestión ambiental certificados por la ISO, y la administración en su conjunto aplica las normas de la ISO. Las Fuerzas de Defensa de Finlandia también cuentan con un plan de aplicación estratégico para la protección del medio ambiente⁵⁵ y, más recientemente, han elaborado medidas sistemáticas para la protección ambiental de polígonos de tiro y zonas de práctica de armas pesadas⁵⁶. Además, el Ministerio de Defensa publica periódicamente un informe ambiental⁵⁷.

34. Noruega ha publicado un manual sobre la protección del medio ambiente en las fuerzas armadas⁵⁸, así como un plan de acción sobre el mismo tema⁵⁹. En esta última publicación, el Ministerio de Defensa de Noruega observa que, dado el carácter transfronterizo de muchos de los problemas ambientales, es importante encontrar soluciones comunes más allá de las fronteras estatales⁶⁰. La participación en las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz también exige cooperar en la elaboración de marcos y objetivos para la protección del medio ambiente⁶¹.

35. De conformidad con la política de gestión ambiental de las Fuerzas Armadas de Noruega, las consideraciones ambientales deben integrarse en todos los procesos de planificación y adopción de decisiones⁶². Las Fuerzas Armadas basan su política ambiental en las directrices

de la ISO sobre el tema⁶³. Además, han establecido una base de datos sobre el medio ambiente a la que todas las unidades deben comunicar información permanente sobre todas las actividades, productos o servicios que puedan afectar al medio ambiente⁶⁴.

36. Las Fuerzas Armadas de Noruega han operado en zonas donde han surgido conflictos por la escasez de recursos, y observan en el manual que es probable que los cambios en el clima sigan afectando a su labor en el futuro, ya sea en operaciones en zonas con escasez de recursos o en relación con las corrientes de refugiados procedentes de esas zonas⁶⁵. Por lo tanto, es fundamental que las fuerzas armadas dispongan de información adecuada sobre la situación y los cambios ambientales mundiales y locales para comprender los antecedentes del conflicto de que se trate y evitar el empeoramiento de las condiciones ambientales en esas zonas⁶⁶.

37. Refiriéndose a los numerosos estudios que ha realizado el PNUMA sobre los efectos perjudiciales de la guerra en el medio ambiente, el manual encomienda a las Fuerzas Armadas de Noruega que no menoscaben el valor de los recursos ambientales y naturales cuando actúen locales en el extranjero. Cuando existan diferencias entre las disposiciones de Noruega y las que regulan la zona de operaciones, se aplicarán en la medida de lo posible las normas que establezcan criterios más estrictos, teniendo en cuenta las necesidades operativas y otras condiciones pertinentes. Sin embargo, el manual observa también la dificultad de comprender plenamente las condiciones ambientales locales en países extranjeros y, por lo tanto, recomienda que se consulte a los organismos locales encargados del medio ambiente u otros agentes que dispongan de información pertinente sobre el tema, a fin de que la misión pueda adaptarse para que se ajuste mejor a las condiciones locales y se eviten daños al medio ambiente⁶⁷.

38. Como parte de su labor de reducción de sustancias químicas tóxicas, Noruega prohibió el uso de plomo en las balas en 2005, y se ha concertado un acuerdo voluntario para la eliminación gradual de las municiones que contienen plomo en las instalaciones de práctica militar⁶⁸.

39. Las Fuerzas Armadas de Suecia se rigen por la legislación nacional sueca, es decir, el Código⁶⁹ de Medio Ambiente de 1998, otras leyes nacionales, la normativa sobre permisos ambientales y demás reglamentos internos. Los permisos ambientales se conceden de conformidad

⁵³ Véase, por ejemplo, el Acuerdo Uniforme 7141, *Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-LED military activities*, 6.ª ed., 15 de mayo de 2014.

⁵⁴ Correo electrónico entre el Ministerio de Defensa de Finlandia y la Relatora Especial. Cabe señalar también que, por otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia ha sido una importante fuente de financiación de la labor del PNUMA en lo que respecta a la protección del medio ambiente en las operaciones de mantenimiento de la paz.

⁵⁵ Warsta, «Towards sustainable defence – The strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces».

⁵⁶ El Ministerio de Defensa de Finlandia estima que, recientemente, la inversión en protección del medio ambiente ha sido de unos 6 a 7 millones de euros anuales solo para actividades de investigación y desarrollo y construcción de instalaciones. Correo electrónico entre el Ministerio de Defensa de Finlandia y la Relatora Especial.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el informe sobre el período comprendido entre 2010 y 2012. Puede consultarse en www.defmin.fi/files/2585/Puolustushallinnon_ymparistoraportti2010_2012.pdf.

⁵⁸ Fuerzas Armadas de Noruega, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret*, 31 de octubre de 2013.

⁵⁹ Noruega, Ministerio de Defensa, *Handlingsplan-Forsvarets miljøvernarbeid*.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 27.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Fuerzas Armadas de Noruega, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret*, Oslo, 21 de marzo de 2011, párr. 3.1.

⁶³ Para más información sobre las normas de la ISO relativas a la protección del medio ambiente, véase, ISO, *Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards*. Puede consultarse en www.iso.org/iso/theiso14000family_2009.pdf.

⁶⁴ Fuerzas Armadas de Noruega, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret*, párr. 3.3.

⁶⁵ Fuerzas Armadas de Noruega, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret*, pág. 17.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Fuerzas Armadas de Noruega, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret*, págs. 48 y 49.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 101.

⁶⁹ Suecia, Código de Leyes 1998: 808.

con el Código de Medio Ambiente y, en general, son administrados por la correspondiente junta administrativa de cada condado⁷⁰. El mando de cada unidad es responsable personalmente de garantizar que se cumplan correctamente las condiciones del permiso ambiental⁷¹.

40. Las Fuerzas Armadas de Suecia, Finlandia y los Estados Unidos han publicado una guía y una serie de materiales conjuntos sobre la protección del medio ambiente⁷². En estos textos se hace hincapié en la importancia de evitar daños al medio ambiente, por ejemplo mediante la realización de evaluaciones de riesgo de los posibles daños al entorno natural. La serie de materiales se centra en las siguientes cuestiones técnicas: gestión de los desechos sólidos; gestión de materiales y desechos peligrosos; gestión de aguas y aguas residuales; prevención de derrames y planificación de respuestas; protección de bienes culturales; y protección de recursos naturales⁷³. Las Fuerzas Armadas de Suecia también colaboran con las Fuerzas Armadas de Noruega y otros agentes en la operación *Cold Response*, un ejercicio militar conjunto en el norte de Noruega. Esto ha permitido reducir considerablemente el costo de los daños en el territorio afectado por las operaciones⁷⁴.

41. Desde 2006, el Organismo Sueco de Investigaciones de Defensa (FOI) trabaja en mejorar la adaptación al medio ambiente de las misiones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y en crear mayor conciencia sobre la importancia de las consideraciones ambientales como causa de los conflictos y como factor para lograr el éxito de una misión⁷⁵. El Organismo ha contribuido a la elaboración de un informe sobre políticas y prácticas relativas a la introducción de criterios ecológicos en las operaciones de mantenimiento de la paz⁷⁶.

42. Además de la información proporcionada por los Estados, la Relatora Especial también recibió información relativa a las organizaciones internacionales facilitada directamente por ellas.

⁷⁰ Código de Medio Ambiente (SFS 1998:808), cap. 9, secc. 8.

⁷¹ Correo electrónico entre el Ministerio de Defensa de Suecia y la Relatora Especial.

⁷² *Guía Ambiental de Operaciones Militares*, marzo de 2008. Puede consultarse en https://www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf.

⁷³ Serie de materiales sobre medio ambiente para el despliegue de fuerzas, elaborada mediante la cooperación trilateral de expertos de defensa especializados en medio ambiente de Finlandia, Suecia y los Estados Unidos. Puede consultarse en https://www.defmin.fi/files/2505/02_Heikkila_Sami.pdf.

⁷⁴ Se estima que, a lo largo de los años, el costo ha disminuido de unos 10 millones de coronas suecas a entre 1 y 2 millones de coronas suecas, debido a una mayor conciencia de los costos y daños ambientales y las posibilidades de prevenirlos; véase www.forsvarsmakten.se/sv/aktuellt/2014/03/skydd-for-miljon.

⁷⁵ El compromiso de Suecia se remonta varios decenios atrás, cuando se ocupaba de estas cuestiones el predecesor del FOI.

⁷⁶ Waleij y otros, *Greening peace operations – policy and practice*. El FOI es un asociado del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno.

A. Política ambiental de las misiones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz

43. Las consideraciones ambientales también ocupan un lugar destacado en el contexto de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Tanto el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz como el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno reconocen expresamente los daños que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden ocasionar al entorno local. Por consiguiente, trabajan activamente de consuno para garantizar la sostenibilidad ambiental. En este sentido, han elaborado conjuntamente una política general para abordar las cuestiones ambientales. Recientemente, ambos Departamentos y sus asociados han señalado la necesidad de enfoques más claros y sistemáticos para las evaluaciones del medio ambiente y las actividades de vigilancia y evaluación, como parte de la gestión general de las operaciones.

44. La labor realizada está destinada a enmarcarse en la iniciativa del Secretario General por un ecosistema de las Naciones Unidas. En mayo de 2012, el PNUMA publicó un informe titulado *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. En el informe, entre otras cosas, se aclara el importante papel que las misiones de las Naciones Unidas pueden desempeñar en la investigación y prevención de problemas, como velar por que las condiciones sanitarias en las misiones de estabilización de las Naciones Unidas sean adecuadas para evitar la contaminación de los cursos de agua locales⁷⁷, e impedir la deforestación y el comercio ilícito de recursos naturales en la República Democrática del Congo⁷⁸.

B. OTAN

45. Todos los planes operacionales de la OTAN incluyen consideraciones ambientales como parte integrante de la planificación. Esas consideraciones se basan en los Principios y Políticas Militares de la OTAN para la Protección del Medio Ambiente⁷⁹. En los Principios y Políticas Militares se señala que las preocupaciones por la protección del medio ambiente se han hecho más importantes en todo el mundo, y se observa que crece cada vez más el énfasis jurídico y regulador en la protección frente a los efectos ambientales de las actividades previstas y en la mitigación de los comportamientos de alto riesgo⁸⁰. En lo que respecta a la aplicación, en los Principios se indica que los mandos estratégicos son los responsables de integrar estos principios y políticas en conceptos, directrices y procedimientos, de acuerdo con los Estados, y se alienta a los países de la OTAN y sus asociados a que adapten esas normas en consecuencia⁸¹.

⁷⁷ Jensen y Halle, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, págs. 8 y 33.

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 37.

⁷⁹ Principios y Políticas Militares de la OTAN para la Protección del Medio Ambiente (MC 0469/1), octubre de 2011.

⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 1.

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 9.

46. Además de lo indicado, la extensa lista de referencias y documentos elaborados por la OTAN sobre este tema y otros afines pone de relieve la profundidad y la amplitud con que dicha organización examina esas cuestiones⁸². Por ejemplo, el Acuerdo entre los Estados partes en el Tratado del Atlántico Norte y otros Estados participantes en la Asociación para la Paz relativo al estatuto de sus fuerzas y otros acuerdos similares también contienen disposiciones sobre la protección del medio ambiente. Además, la OTAN también tiene una serie de acuerdos de normalización relativos a diversas esferas de la protección del medio ambiente⁸³.

C. Conclusiones y descargo de responsabilidad

47. Es evidente que la escasa información recibida de los Estados hasta la fecha con respecto a la práctica y las políticas en tiempo de paz y durante las operaciones internacionales de paz no es suficiente para afirmar que existe una práctica general de alcance universal. Tampoco es posible demostrar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo,

⁸² Para más información sobre la política de protección ambiental de la OTAN, véase https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_91048.htm.

⁸³ Correo electrónico entre la Oficina de Asuntos Jurídicos de la OTAN y la Relatora Especial.

dicha información pone de manifiesto una conciencia y una clara ambición por parte de los Estados y las organizaciones internacionales de tomar en consideración los aspectos ambientales al planificar y llevar a cabo operaciones militares en tiempo de paz. Teniendo en cuenta la fecha de aparición de las fuentes de derecho y las políticas mencionadas, se trata de un nuevo fenómeno que pone de relieve la conciencia general de que no pueden ignorarse las preocupaciones ambientales. No es posible imaginar que la cooperación militar internacional y las operaciones de mantenimiento de la paz puedan llevarse a cabo sin haber examinado antes las correspondientes consideraciones ambientales. Es particularmente interesante constatar que los ejemplos proceden de distintas regiones. La detallada información proporcionada por los Estados nórdicos es un ejemplo, pero podría obtenerse información similar de otras regiones.

48. La Relatora Especial está convencida de que hay más Estados que han avanzado en este sentido o están adoptando medidas en la misma dirección, por lo que agradecería que los Estados que aún no hayan respondido a la invitación formulada por la Comisión proporcionaran la información correspondiente. Los Estados y las organizaciones también pueden ponerse en contacto directamente con la Relatora Especial.

CAPÍTULO V

Objeto del presente informe

49. El presente informe preliminar tiene por objeto presentar una sinopsis introductoria de la fase I del tema, a saber, las normas y los principios pertinentes que resultan aplicables a un posible conflicto armado (obligaciones en tiempo de paz). Dado que el informe se centra en la fase I, no aborda las medidas que deberían adoptarse durante un conflicto armado o las propias de situaciones posteriores a un conflicto *per se*, incluso aunque los actos preparatorios necesarios para aplicar tales medidas puedan tener que llevarse a cabo antes del estallido de un conflicto armado.

50. El presente informe no contiene una exposición general de antecedentes del tema ni una justificación de su estudio. La Relatora Especial opina que ello sería innecesariamente repetitivo y prefiere hacer referencia a la sinopsis que figura en el informe de 2011 de la Comisión⁸⁴. Esto significa que las referencias a la labor que realizan otros órganos, como el CICR, no se tratarán en el presente informe. Del mismo modo, tampoco se examinan en él documentos importantes como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)⁸⁵, de

1972, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992⁸⁶.

51. En la elaboración del informe, la Relatora Especial ha tenido en cuenta lo siguiente:

a) Las opiniones expresadas durante las consultas oficiosas celebradas por la Comisión;

b) Las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión;

c) La información presentada por escrito por los Estados en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión en el capítulo III del informe sobre la labor realizada en su sexagésimo quinto período de sesiones; y

d) La información obtenida mediante comunicación directa con los Estados y las organizaciones internacionales.

52. En el informe se examinan algunos aspectos relativos al alcance y la metodología, así como el uso de determinados términos y las fuentes que deben tenerse en cuenta, antes de proceder a un examen del modo en que este tema se relaciona con otros abordados anteriormente por la Comisión, como:

⁸⁴ Véase la nota 1 *supra*.

⁸⁵ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1992 (A/CONF.48/14/Rev.1)* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

⁸⁶ Para una recopilación de tratados y declaraciones políticas, véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V, apéndice I.

- a) Los efectos de los conflictos armados en los tratados;
- b) Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación;
- c) Recursos naturales compartidos;
- d) La prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas⁸⁷.

53. El presente informe también hace referencia a trabajos en curso de la Comisión que pueden ser de particular importancia para el tema. La intención no es reproducir la labor de la Comisión. Más bien, se trata de un recordatorio del trabajo que ya se ha realizado con miras a asegurar la coherencia, según proceda.

54. Posteriormente, el informe comienza a desarrollar el contenido de la fase I mediante la determinación de las obligaciones jurídicas existentes y los principios derivados del derecho internacional del medio ambiente que podrían orientar las medidas preventivas adoptadas para reducir los perjuicios ambientales resultantes de un posible conflicto armado. Especialmente importantes son los principios y normas sobre precaución y prevención, que se presentarán de forma más exhaustiva. Por otra parte, se examinan brevemente también las obligaciones jurídicas existentes que resultan pertinentes para el tema y surgen en el contexto de otras esferas del derecho internacional, como la de los derechos humanos. A este respecto, se examina el concepto de desarrollo sostenible.

55. Dado que el derecho que rige en tiempos de paz es plenamente aplicable en situaciones en las que no tienen lugar conflictos armados, el reto consiste en determinar las normas y principios propios de tiempos de paz que son pertinentes para el presente tema. En esta etapa de los trabajos, sería prematuro tratar de evaluar la medida en que esas normas podrían continuar aplicándose (o ejerciendo influencia) en situaciones de conflicto armado y

⁸⁷ La Relatora Especial, con la asistencia de la Secretaría, ha determinado las cuestiones anteriormente examinadas por la Comisión que podrían ser pertinentes para el presente tema.

posteriores a los conflictos armados. Por ejemplo, aunque el principio de precaución y el deber de llevar a cabo evaluaciones del impacto ambiental encuentran obligaciones comparables en el marco del derecho internacional humanitario, esas normas en el ámbito del derecho de los conflictos armados distan de ser idénticas a las obligaciones previstas en tiempo de paz. Dicho esto, puede considerarse que ciertas partes del objeto y el fin que subyacen a tales obligaciones en tiempo de guerra y en tiempo de paz son bastante similares, y en un informe posterior sobre la fase II del tema se realizará una comparación de esas normas.

56. La intención de la Relatora Especial es que el presente informe se limite a los principios, conceptos y obligaciones más importantes, más que tratar de determinar qué tratados continúan aplicándose durante un conflicto armado. En consecuencia, la Relatora Especial no ha tratado de identificar cada uno de los acuerdos internacionales o bilaterales que regulan la protección del medio ambiente o los derechos humanos⁸⁸. Estos tratados son plenamente aplicables en tiempos de paz, que es la cuestión en la que se centra el presente informe.

57. Vale la pena recordar que el período comprendido entre 1976 y el momento actual es de particular importancia para este tema. En 1976 se adoptó la Convención sobre la Modificación Ambiental, que fue seguida un año más tarde 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). Estos dos instrumentos jurídicos son importantes porque son los primeros en los que se prevé expresamente la protección del medio ambiente en los conflictos armados⁸⁹. Las disposiciones de esos instrumentos que se refieren a la protección ambiental son producto de su tiempo en el sentido de que reflejan los intereses y preocupaciones ambientales de la comunidad internacional que se estaban materializando en ese momento⁹⁰.

⁸⁸ En la sinopsis del tema figura un panorama general de los tratados y la práctica no convencional que resulta pertinente; véase la nota 87 *supra*.

⁸⁹ A la fecha de elaboración del presente informe, el Protocolo Adicional I tenía 174 Estados partes, y la Convención sobre la Modificación Ambiental 76 Estados partes.

⁹⁰ Esta cuestión se describe en la sinopsis del tema; véase la nota 1 *supra*.

CAPÍTULO VI

Algunas reflexiones sobre el alcance, la metodología y el resultado del tema, sobre la base de los debates previos en la Comisión y en las Naciones Unidas

58. En las consultas celebradas en el 61.º período de sesiones de la Comisión (2013) se debatió sobre el alcance, la metodología y el resultado previsto de la labor sobre el presente tema⁹¹. La Relatora Especial mantiene la propuesta que presentó por primera vez en ese período de sesiones, a saber, que el tema se aborde desde una perspectiva temporal y no desde la perspectiva de los

⁹¹ Véase la nota 1 *supra*. Los debates se celebraron sobre la base de un documento de trabajo oficioso de la Presidencia que debía leerse junto con la sinopsis del tema presentada en 2011.

regímenes particulares de derecho internacional, como el derecho ambiental, el derecho de los conflictos armados y el derecho de los derechos humanos. Se propone por tanto que la Comisión examine el tema en tres fases temporales: antes, durante y después de un conflicto armado (fases I, II y III, respectivamente). El objetivo del enfoque propuesto es lograr que el tema sea más manejable y más fácil de delimitar. Dicho enfoque permitiría que la Comisión identificara claramente las cuestiones jurídicas específicas sobre este tema que podrían plantearse durante las distintas etapas de los conflictos armados, y

facilitaría probablemente la elaboración de conclusiones o directrices concretas.

59. La Relatora Especial también mantiene su postura de que los trabajos deben centrarse principalmente en la fase I, es decir, en las obligaciones en tiempo de paz pertinentes para un posible conflicto armado, así como en la fase III, relativa a las medidas posteriores a los conflictos. Cuando se examine la fase II, sería especialmente interesante centrarse en las situaciones de conflicto armado no internacional.

60. En general, los miembros de la Comisión acogieron favorablemente el enfoque propuesto en el 61.º período de sesiones de abordar el tema en fases temporales, pero se expresaron distintas opiniones sobre la importancia relativa que debía atribuirse a cada una de esas fases. Varios miembros subrayaron que la fase II (normas aplicables durante un conflicto armado) era la más importante. Otros opinaron que las fases más importantes eran la fase I o la fase III, o ambas. Las divergencias de opinión dentro de la Comisión fueron similares a las expresadas por los Estados durante los debates en la Sexta Comisión.

61. Sin embargo, como ya ha señalado anteriormente la Relatora Especial, si bien la conceptualización del tema en fases ayudará a la Comisión en su labor, no puede haber una línea divisoria estricta entre las distintas fases. Tal línea divisoria sería artificial y no reflejaría de manera precisa el funcionamiento de las normas jurídicas pertinentes. El derecho de los conflictos armados, por ejemplo, comprende normas aplicables antes, durante y después de un conflicto armado. El enfoque basado en fases temporales hace que el tema sea más manejable y ayuda a delimitar su alcance. A medida que los trabajos avancen quedará más claro el modo en que las normas jurídicas relativas a las distintas fases temporales se relacionan entre sí.

62. En última instancia, y con independencia de la importancia relativa que se atribuya a cada una de las fases, el punto de partida de la labor de la Comisión sobre el presente tema debe seguir siendo el mismo: la Comisión no tiene intención (ni está en condiciones) de modificar el derecho de los conflictos armados. Se propone, por el contrario, que la labor de la Comisión se centre en identificar y aclarar los principios rectores o las obligaciones en materia de protección del medio ambiente que se derivan del derecho internacional en el contexto de: *a*) la preparación para un posible conflicto armado; *b*) el desarrollo de los conflictos armados; y *c*) las medidas posteriores a los conflictos en relación con los daños ambientales.

63. Antes de continuar, también es útil enumerar algunos temas particulares que en opinión de la Relatora Especial no deben incluirse en el alcance del presente tema. En sus esfuerzos por formular directrices o conclusiones concretas (o cualquier otra forma definitiva que pueda adoptar la labor sobre este tema), la Relatora Especial siempre ha sido consciente de la necesidad de limitar el alcance del tema por motivos prácticos, procedimentales y sustantivos, y es por tanto necesario que se excluyan algunos temas o que se aborden con cautela.

64. En primer lugar, se propone que en la labor sobre el presente tema no se aborden las situaciones en que

las presiones ambientales, incluida la explotación de los recursos naturales, causen el estallido de conflictos armados o contribuyan a él. En opinión de la Relatora Especial, el debate sobre las causas profundas de los conflictos armados no forma parte del presente tema. Ello no significa, sin embargo, que estas cuestiones no sean en sí mismas temas importantes⁹².

65. Asimismo, la Relatora Especial es reacia a abordar la protección del patrimonio cultural en el marco del presente tema. La protección de los bienes culturales está muy regulada en convenciones internacionales específicas, fundamentalmente en convenciones adoptadas por la UNESCO, y esa regulación abarca tanto las épocas de paz como las situaciones de conflicto armado⁹³. Cabe señalar, no obstante, que un Estado⁹⁴ y algunos miembros de la Comisión han alentado a la Relatora Especial a que incluya el patrimonio cultural en el presente tema.

66. Durante las consultas officiosas celebradas en 2013, algunos miembros de la Comisión desaconsejaron que se abordara la cuestión de las armas, mientras que otros opinaron que sí debía abordarse. En los debates en la Sexta Comisión se produjo una situación similar⁹⁵. La Relatora Especial sigue opinando que el presente tema no debe centrarse en los efectos en el medio ambiente de armas específicas, y que tampoco debe abordarse la cuestión de las «armas» como una cuestión separada. El derecho de los conflictos armados, aplicable en situaciones de conflicto armado, aplica el mismo criterio jurídico a todas las armas: la prohibición fundamental de emplear armas, proyectiles y material y métodos de combate que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios. También está prohibido el uso de armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y militares y cuyos efectos no puedan limitarse. Siempre ha habido opiniones divergentes sobre qué armas concretas están comprendidas en esta prohibición; como consecuencia de ello, los Estados han optado por celebrar tratados específicos respecto de determinadas armas, como las balas expansivas, las armas químicas, las minas terrestres y las armas láser cegadoras. Además, los motivos de los Estados para celebrar esos acuerdos no siempre son idénticos. Por ejemplo, puede haber opiniones divergentes sobre cómo considerar los acuerdos y sus disposiciones particulares: como una medida de desarme, como una medida de derecho de

⁹² Para un examen actualizado de la cuestión, véase Das, *Environmental Protection, Security and Armed Conflict. A Sustainable Development Perspective*, en particular su análisis sobre la alerta temprana, la intervención temprana y la prevención de las amenazas para la seguridad ambiental (cap. 3, págs. 66 y ss.).

⁹³ Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, y su Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954) y Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1999). Una de las funciones del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado es supervisar la aplicación del Protocolo de 1999. La UNESCO cuenta con una sólida estructura para ayudar a proteger el patrimonio cultural también en época de conflicto armado, entre otras cosas mediante intervenciones de emergencia. Puede consultarse información sobre las actividades de la UNESCO en www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/.

⁹⁴ Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 24.ª sesión (A/C.6/68/SR.24)*, párr. 4.

⁹⁵ Véase el capítulo II *supra*.

los conflictos armados o como ambas. Esta interpretación flexible ha resultado muy valiosa para lograr el objetivo último perseguido: la prohibición o restricción del uso de un arma específica.

67. Por último, la Relatora Especial considera que la cuestión del derecho de los refugiados, y más específicamente las consecuencias para el medio ambiente de los refugiados y los desplazados internos, debe abordarse con cautela. Los refugiados y desplazados internos pueden serlo por diversas razones, algunas de las cuales pueden no guardar relación alguna con los conflictos armados. Los campamentos de refugiados pueden acoger a determinadas personas con independencia del reconocimiento de su estatuto de refugiado. Al mismo tiempo, debe reconocerse que millones de personas se ven obligadas

a abandonar sus hogares debido a conflictos armados y pueden convertirse en refugiados o desplazados internos. El impacto ambiental causado por las personas que huyen, así como por los campamentos de refugiados y de desplazados internos, puede ser considerable y ha dado lugar a reclamaciones de indemnización por destrucción de tierras⁹⁶. Algunos miembros de la Comisión y algunos Estados opinan que se deben abordar esas cuestiones, y la Relatora Especial coincide en que no se pueden ignorar del todo. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del tema y de las protecciones jurídicas otorgadas a las víctimas de guerra, la Relatora Especial considera que esas cuestiones deben abordarse con cautela.

⁹⁶ Este extremo se reconoció en la sinopsis del tema (véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V, párr. 10).

CAPÍTULO VII

Términos empleados

68. Una cuestión preliminar a la que se debe prestar atención en esta etapa es la definición de términos clave como «conflicto armado» y «medio ambiente». A los efectos de facilitar el debate, a continuación se sugieren sendos proyectos de definición. En esta etapa de los trabajos, dichos proyectos no se presentan con el objetivo de obtener la aprobación de la Comisión para enviar esas definiciones al Comité de Redacción. Sería prematuro hacerlo. A menudo las definiciones deben precisarse y adoptarse cuando los trabajos están en una fase más avanzada y se puede vislumbrar mejor la orientación de esos trabajos. Al mismo tiempo, es importante escuchar las opiniones preliminares de la Comisión sobre los proyectos de definición que se sugieren en el presente informe, y parece importante ilustrar algunas cuestiones que pueden plantearse al definir estos términos. Las sugerencias se basan en definiciones previamente adoptadas por la Comisión. Huelga decir que esas definiciones se adoptaron en su contexto específico y para los fines de la labor en que se enmarcaban; sin embargo, son definiciones útiles, en particular a la luz de los considerables esfuerzos invertidos por la Comisión para formularlas.

A. «Conflicto armado»

69. La Comisión ha definido el término «conflicto armado» en el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados de la siguiente manera:

Se entiende por «conflicto armado» una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados⁹⁷.

70. Dicha definición se elaboró a los efectos de ese proyecto de artículos. Los comentarios dejan claro que refleja la definición empleada por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en su decisión en la causa *Tadić*⁹⁸. Sin

embargo, se suprimieron las palabras finales de la «definición» del Tribunal. En la decisión en la causa *Tadić*, el Tribunal describe la existencia de un conflicto armado del siguiente modo:

[E]xiste conflicto armado siempre que se recurre al empleo de la fuerza entre Estados o se recurre de manera prolongada a la violencia armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre esos grupos dentro de un Estado*.

71. En su labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión decidió eliminar las últimas palabras de la definición («o entre esos grupos dentro de un Estado») porque el proyecto de artículos se consideraba aplicable únicamente a las situaciones que afectaban al menos a un Estado parte en el tratado⁹⁹. La definición se aprobó tras un profundo análisis y largos debates. Sin embargo, se aparta de las interpretaciones del término «conflicto armado» que figuran en otros tratados¹⁰⁰. Un ejemplo destacado es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La Corte tiene competencia, entre otras cosas, respecto de las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. En consecuencia, el artículo 8, párr. 2, apdo. f, del Estatuto de Roma se aplica «a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos». No abarca las «situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos»¹⁰¹. Así, el término empleado en el Estatuto de Roma es casi idéntico al empleado por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Tadić*. La definición del Tribunal difiere

⁹⁹ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario del artículo 1 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados.

¹⁰⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y el artículo 1 del Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II).

¹⁰¹ Art. 8, párr. 2, apdo. f.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 100, artículo 2, apdo. b.

⁹⁸ Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Le Procureur c. Dusko Tadić alias «DULE»*, caso núm. IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, pág. 428, párr. 70.

sin embargo de una propuesta realizada por el CICR¹⁰² y de una definición sugerida por el Instituto de Derecho Internacional¹⁰³.

72. Esta breve descripción del empleo del término «conflicto armado» indica que quizá no baste con emplear la definición que figura en el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. A los fines del presente tema, esa definición debe ser modificada para abarcar los conflictos que se producen entre grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado. Esta modificación haría que la definición se ajustara, o se acercara, a la definición empleada en la causa *Tadić* y que figura ahora en el Estatuto de Roma.

73. La Comisión tiene así las siguientes opciones:

a) Adoptar la definición que figura en el artículo 2 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados y modificarla luego para incluir las situaciones en que los conflictos armados se produzcan sin la participación de un Estado;

b) Establecer dos definiciones separadas: una para los conflictos armados internacionales y otra para los no internacionales;

c) Establecer una nueva definición a los efectos de la labor sobre el presente tema; o

d) Abstenerse por completo de definir el término «conflicto armado».

74. La Relatora Especial sugiere a la Comisión que se aparte de la definición que figura en el artículo 2 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados a fin de incluir aquellas situaciones en que los conflictos armados se producen sin la participación de un Estado. Con ello se aseguraría que quedarán incluidos los conflictos armados no internacionales. Cabe señalar que existe una estrecha conexión entre el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados y la labor sobre el presente tema. Por ese motivo, cualquier desviación con respecto a lo establecido en dicho proyecto de artículos debe justificarse y explicarse.

¹⁰² El CICR ha propuesto las siguientes definiciones en «¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?», documento de opinión del CICR, marzo de 2008 (se puede consultar en www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf):

«1. Existe un conflicto armado internacional cuando se recurre a la fuerza armada entre dos o más Estados.

2. Los conflictos armados no internacionales son *enfrentamientos armados prolongados* que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un *nivel mínimo de intensidad* y las partes que participan en el conflicto deben poseer una *organización mínima*».

¹⁰³ Resolución de 1985 sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, aprobada el 28 de agosto de 1985 (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 61, t. II, sesión de Helsinki – 1985, París, Pedone, 1986, pág. 221).

75. La segunda opción sería establecer dos definiciones: una para los conflictos armados internacionales y otra para los conflictos armados no internacionales. La definición de conflicto armado no internacional propuesta por el CICR es más precisa que la «definición» de la causa *Tadić*. Ello se debe fundamentalmente a los umbrales establecidos en la definición del CICR. A los efectos del presente tema, debería bastar con incluir ambas categorías en una sola definición.

76. La tercera opción, es decir, establecer una definición totalmente nueva a los efectos de la labor sobre el presente tema, es menos atractiva para la Relatora Especial. Tiene mucho más sentido basarse en definiciones que ya han sido negociadas y tratar de que la labor de la Comisión se ajuste a definiciones ya adoptadas. Si se añadiera otra definición más se correría el riesgo de crear confusión.

77. La última opción, es decir, abstenerse por completo de definir el término «conflicto armado», es otra posibilidad. El resultado del presente tema dependerá de las definiciones previamente establecidas, así como de los ajustes posteriores derivados de nuevos tratados y de la jurisprudencia.

78. Habida cuenta de lo anterior, se sugiere la siguiente definición:

Se entiende por «conflicto armado» una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado.

B. «Medio ambiente»

79. La Comisión ha definido el término «medio ambiente» en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la siguiente manera:

el «medio ambiente» comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje¹⁰⁴.

80. La Comisión observó que no existía ninguna definición internacionalmente aceptada de medio ambiente, pero consideró útil adoptar una «definición práctica»¹⁰⁵. En ese contexto, la Comisión optó por una definición amplia, es decir, una definición que no se limitaba a los recursos naturales, como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores. La definición más amplia adoptada por la Comisión también abarcaba los valores ambientales. La Comisión optó por incluir valores «que no tienen una utilidad práctica, como los aspectos estéticos del paisaje»¹⁰⁶. Ello incluye

¹⁰⁴ *Anuario...* 2006, vol. II (segunda parte), pág. 64, párr. 66, principio 2, apdo. b.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 77, párr. 19 del comentario al principio 2.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 20 del comentario al principio 2. Merece la pena citar las referencias mencionadas en relación con el análisis de los principios que inspiran los regímenes de reparación de los daños causados a la biodiversidad, entre ellas, Bowman, «Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm». En relación con los distintos enfoques de la definición de daños ambientales, véase

el disfrute de la naturaleza por su belleza natural y los atributos y oportunidades de recreo que la acompañan. Este enfoque más amplio se consideraba justificado por el carácter general y supletorio del proyecto de principios¹⁰⁷.

81. Cabe señalar que la Comisión hizo referencia a la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural al establecer la definición antes mencionada. A los efectos de dicha Convención, se consideran «patrimonio natural»:

— Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico;

— Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico;

— Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural¹⁰⁸.

82. Al adoptar ese enfoque holístico, la Comisión también se inspiró en el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*:

Hay que tener en cuenta que, en materia de protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter con frecuencia irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo mismo de la reparación de ese tipo de daños¹⁰⁹.

83. La definición de medio ambiente de la Comisión es fruto de un buen análisis, una buena argumentación y es comprensible. Por ello, la Relatora Especial propone que se utilice como punto de partida en el presente tema. Al mismo tiempo, cabe señalar que una de las disposiciones más importantes en materia de protección del medio ambiente en el marco del derecho de los conflictos armados hace referencia al «medio ambiente natural» en lugar del «medio ambiente». Según el párrafo 3 del artículo 35, relativo a las normas fundamentales, 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),

[q]ueda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al *medio ambiente natural*^{*}.

El comentario del CICR sobre ese artículo ofrece algunas explicaciones sobre el uso del calificativo «natural». El «medio ambiente natural» se distingue del «medio humano»: el «medio ambiente natural» hace referencia al

«sistema de interrelaciones inextricables entre los organismos vivos y su entorno inanimado», mientras que los efectos sobre el «medio humano» son los efectos sobre «las condiciones e influencias externas que afectan a la vida, el desarrollo y la supervivencia de la población civil y los organismos vivos»¹¹⁰. La Convención sobre la Modificación Ambiental, aprobada con anterioridad, hace referencia al «medio ambiente» sin definirlo¹¹¹.

84. Al igual que en la definición del término «conflicto armado», la Comisión tiene ante sí las siguientes opciones:

a) Usar la definición que figura en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas;

b) Adaptar la definición que figura en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas si así lo requiere la labor futura;

c) Establecer una nueva definición a los efectos de la labor sobre el presente tema; o

d) Abstenerse por completo de definir el término «medio ambiente».

85. Cabe señalar que la Comisión no definió el término «medio ambiente» en los artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, pero el término se utiliza con frecuencia. Lo mismo ocurre con los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. En el contexto del presente tema, contar con una definición sería probablemente un valioso instrumento para delimitar el alcance de las conclusiones de la Comisión.

86. La Relatora Especial cree que la definición que figura en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas es un buen punto de partida, razón por la cual se sugiere la siguiente definición del término «medio ambiente»:

El «medio ambiente» comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y las características del paisaje.

por ejemplo Sands, *Principles of International Environmental Law*, págs. 876 a 878.

¹⁰⁷ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 77, párr. 20 del comentario al principio 2.

¹⁰⁸ Art. 2.

¹⁰⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría c. Eslovaquia), fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 78, párr. 140; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 1. En este contexto, la Corte Internacional de Justicia también mencionó la necesidad de tener presentes los intereses intergeneracionales e intrageneracionales y las demandas del momento de potenciar el concepto de desarrollo sostenible.

¹¹⁰ Comentario del CICR sobre el artículo 35 del Protocolo Adicional I, párr. 1451. La referencia al «patrimonio natural» se reproduce en el preámbulo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados.

¹¹¹ El significado más amplio de «medio ambiente» en la Convención sobre la Modificación Ambiental se debatió en el marco de la adopción del artículo 35; véase en particular el comentario del CICR sobre el artículo 35 del Protocolo Adicional I, párrs. 1450 a 1452.

CAPÍTULO VIII

Fuentes y otros materiales de consulta

87. La labor sobre el presente tema se basará necesariamente, entre otras fuentes, en el derecho derivado de los tratados, la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho internacional, las decisiones de los tribunales y la doctrina. Conviene hacer algunas observaciones sobre cada una de esas fuentes en el contexto particular del presente tema.

88. En relación con el derecho derivado de los tratados, el número de tratados que regulan directamente la protección del medio ambiente en los conflictos armados es limitado. Esos tratados pueden englobarse probablemente en el derecho de los conflictos armados (derecho internacional humanitario, derecho en materia de ocupación y neutralidad). Por el contrario, hay un gran número de tratados y de legislación nacional que regulan cuestiones ambientales. Algunos de esos tratados e instrumentos legislativos contienen exenciones para las fuerzas militares, las operaciones militares o el material militar. Tales exenciones pueden formularse directamente, como en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, que establece claramente que no es aplicable a «los buques y aeronaves que tengan derecho a inmunidad soberana con arreglo al derecho internacional» al tiempo que impone al Estado del pabellón la obligación de asegurar, «mediante la adopción de las medidas apropiadas, que los buques y aeronaves que tenga en propiedad o en explotación operen en forma compatible con el objeto y fines» del Convenio y la obligación de informar «a la Organización [Marítima Internacional] de conformidad con lo anterior»¹¹².

89. En relación con el derecho internacional consuetudinario, cabe señalar que la identificación de las normas consuetudinarias pertinentes para el presente tema puede resultar especialmente difícil habida cuenta de la naturaleza de la planificación militar y las operaciones militares. La abundancia de práctica y de normativa interna no debe interpretarse automáticamente como una expresión de costumbre, ya que puede faltar el elemento de la *opinio juris*. Tanto los propios Estados como los documentos que publican hacen hincapié en que se basan en instrumentos sin fuerza obligatoria como manuales, directrices y mejores prácticas¹¹³, pero esos instrumentos existen en paralelo a legislación nacional vinculante e instrumentos jurídicos internacionales. No obstante, a veces hay una convergencia entre las normas reflejadas en los instrumentos sin fuerza obligatoria y en los instrumentos jurídicamente vinculantes, y los manuales, directrices y mejores prácticas, así como otros documentos similares, tienen una influencia real en la planificación y el desarrollo de las operaciones militares. Esa influencia es especialmente importante cuando pone de manifiesto una evolución en la conciencia o las posiciones de los Estados sobre esos asuntos. Las mejores

prácticas también pueden establecer criterios susceptibles de ser tenidos en cuenta por los tribunales o árbitros.

90. La Relatora Especial opina que los fallos y decisiones de los tribunales internacionales revisten especial importancia para el presente tema. Sin embargo, será mucho más difícil averiguar cuál es la práctica de los tribunales nacionales. Existe sin duda una abundante jurisprudencia nacional sobre legislación interna, por lo que sería beneficioso obtener más información sobre esas causas.

91. En la labor sobre el presente tema también se tendrán en cuenta las actividades de las organizaciones internacionales y regionales en ese ámbito. Diversos órganos de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales se ocupan de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, como el ACNUR, el PNUMA y la UNESCO, así como el CICR. Lo mismo ocurre con organismos regionales como la UA, la UE, la Liga de los Estados Árabes y la OEA. Los miembros de la Comisión apoyaron y alentaron la celebración de consultas con esos órganos, organizaciones internacionales y organismos regionales¹¹⁴. La Relatora Especial opina que esas consultas son de gran ayuda. Muchas de ellas ya se han celebrado, y seguirán celebrándose a medida que avancen los trabajos. Huelga decir que la labor realizada por esos organismos, así como por institutos de derecho internacional y organizaciones profesionales pertinentes¹¹⁵, será una contribución importante.

92. Por último, cabe señalar que las cuestiones que suscita el presente tema han sido objeto de amplios análisis y escritos jurídicos de expertos en la materia. La Relatora Especial tiene ante sí dos desafíos principales: el primero es poner límites al uso de obras académicas; el segundo es velar por que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los principales sistemas jurídicos del mundo. Se trata de dos cuestiones diametralmente opuestas: una consiste en limitar el material; la otra en ampliar la búsqueda de material. Para dar respuesta a esos desafíos, la Relatora Especial buscará sistemáticamente comentarios y análisis jurídicos de distintas regiones y se abstendrá de hacer referencia a todo el material que se haya publicado sobre el tema. Esto significa que no todas las obras estudiadas se incluyen en las notas de pie de página del presente informe. En lugar de ello, la Relatora Especial ha adjuntado como anexo del presente informe una bibliografía amplia, pero no exhaustiva.

93. Pese a la investigación activa de la Relatora Especial, encontrar material de distintas regiones tiene sus dificultades. La Relatora Especial ha alentado a los miembros de la Comisión y a los delegados de la Sexta Comisión a que le faciliten información al respecto; salvo escasas excepciones, no ha tenido éxito en su iniciativa, razón por la cual reitera su llamamiento en ese sentido.

¹¹⁴ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), párr. 142.

¹¹² Art. VII, párr. 4. Las disposiciones que establecen exenciones tienen distinta naturaleza jurídica que las que establecen inmunidades.

¹¹³ Véase, por ejemplo, la declaración realizada por los Estados Unidos el 4 de noviembre de 2013 en la Sexta Comisión, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión (A/C.6/68/SR.23)*, párrs. 47 y ss.

¹¹⁵ También se ha tenido en cuenta (y se seguirá haciendo) la labor realizada por otros organismos, como la Asociación de Derecho Internacional, el Instituto de Derecho Internacional, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, el Consejo Internacional sobre el Derecho del Medio Ambiente y el Environmental Law Institute.

CAPÍTULO IX

Relación con otros temas tratados por la Comisión, incluidos los que figuran en el programa actual¹¹⁶

94. En su labor anterior, la Comisión ha abordado cuestiones que son pertinentes para el presente tema, en particular:

- Efectos de los conflictos armados en los tratados;
- Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación;
- Recursos naturales compartidos (derecho de los acuíferos transfronterizos);
- Fragmentación del derecho internacional;
- Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos;
- Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes;
- Derecho del mar.

95. Además, los temas de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) y la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) también revisiten importancia en este contexto.

96. En el presente informe, la Relatora Especial desea reiterar algunas de las conclusiones y comentarios aprobados anteriormente por la Comisión que son pertinentes en este contexto. Otros temas, como el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, la fragmentación del derecho internacional y la responsabilidad de los Estados, no se tratan en el presente informe porque la Relatora Especial desea volver a examinarlos en informes subsiguientes.

¹¹⁶ La Relatora Especial ha optado por limitar la descripción de la labor anterior de la Comisión y los comentarios al respecto porque estos pueden consultarse en los documentos oficiales de la Comisión. Además, la Secretaría ha publicado valiosos memorandos sobre varios de estos temas. Véanse, por ejemplo, el memorando sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/550), los memorandos relativos al proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 278, documento A/CN.4/39) y el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad: compendio de instrumentos internacionales pertinentes (documento A/CN.4/368 y Add.1, mimeografiado), un suplemento, preparado por la Secretaría, del «Repertorio de decisiones de tribunales internacionales relacionadas con la responsabilidad de los Estados» (*Anuario... 1969*, vol. II (primera parte), pág. 105, documento A/CN.4/208) y un estudio preparado por la Secretaría sobre la «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina (*Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315).

A. Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación

97. La Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación prevé expresamente la protección de los cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado. En particular, en el artículo 29 de esa Convención se deja en claro que

[l]os cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

98. El comentario del artículo 29 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación preparado por la Comisión confirmó que el artículo no establecía ninguna norma nueva, sino que, más bien, servía

para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado interno o internacional contienen importantes disposiciones relativas a los cursos de agua internacionales y las obras conexas¹¹⁷.

La Comisión tuvo cuidado de no menoscabar el derecho vigente de los conflictos armados¹¹⁸, aunque afirmó que los

artículos permanecen en vigor incluso en épocas de conflicto armado. La obligación que tienen los Estados del curso de agua de proteger y utilizar los cursos de agua internacionales y las obras conexas en conformidad con los artículos permanece en vigor durante esos períodos¹¹⁹.

99. Como se señala en el comentario, el conflicto armado puede «afectar a un curso de agua internacional así como a la protección y uso del mismo por los Estados del curso de agua»¹²⁰. En esas circunstancias, se aplican las normas y los principios que rigen los conflictos armados. En el comentario se citan ejemplos específicos de esas normas y principios consagrados en diversos instrumentos, entre otros la Convención [de La Haya de 1907] relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 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) y la cláusula Martens¹²¹. Si bien esos instrumentos no son aplicables directamente en los conflictos armados no internacionales, la Comisión pareció dar a entender que

¹¹⁷ Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 140, párr. 1 del comentario del artículo 29.

¹¹⁸ Se considera que la reglamentación detallada de este tema rebasa el alcance del instrumento; véase *ibíd.*

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 3 del comentario del proyecto de artículo 29.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

la obligación de proteger, aunque no se especifique, es pertinente en ese tipo de conflictos.

100. La Comisión reconoció que los Estados pueden toparse con graves obstáculos al tratar de cumplir su obligación de cooperar mediante contactos directos en épocas de conflicto armado. Ahora bien, esas dificultades no eximen a los Estados de la obligación de cooperar¹²². Por ese motivo, precisamente, la Comisión insertó una cláusula general de salvaguardia que previera expresamente procedimientos indirectos¹²³. Esos procedimientos tienen por objeto subsanar los problemas derivados del intercambio directo de datos e información y de otros procedimientos durante un conflicto armado o ante la ausencia de relaciones diplomáticas entre los Estados. En este sentido, la cláusula de salvaguardia establece que el Estado del curso de agua no está obligado a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales, pero la obligación de cooperar de buena fe sigue siendo aplicable¹²⁴.

101. En caso de conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional, se tendrá en cuenta especialmente «la satisfacción de las necesidades humanas esenciales»¹²⁵. La Comisión interpreta que en esa disposición se expresa el mismo principio que en la cláusula Martens¹²⁶.

B. Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008)

102. El proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos también establece, en el artículo 18, una protección específica en caso de conflicto armado. Ese artículo, que reviste particular importancia para este tema, reza lo siguiente:

Los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional y no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas¹²⁷.

103. El artículo 18 se basa en el artículo 29 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. De hecho, los dos artículos son casi idénticos¹²⁸. Además, el comentario del artículo 18 es bastante similar en su redacción al comentario del artículo 29 de la

Convención¹²⁹. Las referencias al derecho aplicable, como la Convención [de La Haya de 1907] relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 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) y el Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II), y la cláusula Martens, son las mismas en ambos comentarios¹³⁰. Asimismo, el comentario del proyecto de artículos de 2008 explicita claramente que la obligación de los Estados del acuífero de proteger y utilizar los acuíferos transfronterizos y las obras conexas «debería cumplirse incluso durante los conflictos armados»¹³¹, lo que sirve para recordar a los Estados la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados.

104. Al igual que en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos exige a los Estados de la obligación de proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, los obliga a cooperar «de buena fe con otros Estados para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias»¹³².

105. Es importante señalar que tanto la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación como el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos se aplican en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Pese a que en esas situaciones se aplica el derecho de los conflictos armados, sigue vigente el deber de cooperar. Ambos instrumentos dejan claro que las necesidades humanas tienen prioridad sobre otros usos.

C. Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (2011)¹³³

106. Para este tema se parte de la presunción de que la existencia de un conflicto armado no da lugar *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación, como se establece en el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (art. 3). Sin embargo, en esos artículos la Comisión preferiría no enumerar los tratados específicos que continuarían aplicándose, sino que elaboró una lista indicativa de los tratados «que, en razón de su materia, continúan

¹²² *Ibid.*, pág. 115, párr. 3 del comentario del proyecto de artículo 9. Obsérvese que la obligación de cooperar excede del artículo 9.

¹²³ *Ibid.*, comentario del proyecto de artículo 9. Se encuentran excepciones similares en otros tratados, como la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, art. 4, párr. 4, apdo. b.

¹²⁴ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 141, artículo 31 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 117, proyecto de artículo 10, párr. 2.

¹²⁶ Véase la nota 119 *supra*.

¹²⁷ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 53.

¹²⁸ La única diferencia en el texto inglés es el uso del término «*non-international armed conflict*» en lugar de «*internal armed conflict*» (en el texto español de ambos artículos se utilizó el término «conflicto armado no internacional»).

¹²⁹ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), parr. 3 del comentario al proyecto de artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, proyecto de artículo 19. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la palabra «esencial» para calificar el carácter confidencial de esos datos e información, pero «decidió que no había ninguna razón de peso para apartarse de la formulación de la Convención» sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales (*ibid.*, párr. 1 del comentario del proyecto de artículo 19).

¹³³ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 100.

aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado» y la incluyó en el anexo del proyecto de artículos (art. 7)¹³⁴.

107. No obstante, la Comisión se refirió a los factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión (art. 6). Según la Comisión, deberán tenerse en cuenta todos los factores pertinentes, entre otros:

a) La naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado; y

b) Las características del conflicto armado, tales como su extensión territorial, su escala e intensidad, su duración y, en el caso de conflictos armados no internacionales, el grado de participación externa.

108. Como consecuencia del efecto conjunto de los artículos 3, 6 y 7 y el anexo con la lista indicativa de tratados, varias categorías de tratados relativos a la protección del medio ambiente pueden continuar aplicándose, en razón de su materia, durante un conflicto armado.

109. La conclusión más importante se encuentra en el artículo 3 y es la siguiente:

La existencia de un conflicto armado no da lugar *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación:

a) entre los Estados parte en el conflicto;

b) entre un Estado parte en el conflicto y un Estado que no lo sea.

110. De ella se derivan dos corolarios: primero, que ni la terminación ni la suspensión de los tratados son automáticas en caso de conflicto armado, es decir, que los Estados partes en un conflicto no quedan automáticamente privados de los derechos que les confieren los tratados ni exonerados de las obligaciones impuestas en ellos; segundo, que es posible poner término a un tratado o suspender su aplicación.

111. Por más que reviste particular importancia, la labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados tiene sus limitaciones. En primer lugar, solo regula las relaciones convencionales entre Estados. En segundo lugar, no especifica qué normas de derecho internacional consuetudinario ni qué principios de derecho internacional siguen siendo aplicables en épocas de conflicto armado. Por último, exceptuando uno solo, los artículos se refieren al período en el que tiene lugar un conflicto armado¹³⁵.

¹³⁴ *Ibid.*, art. 7 del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (Continuación de la aplicación de los tratados en razón de su materia) y lista indicativa de tratados del anexo, que incluye los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente, a cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas, a acuíferos e instalaciones y construcciones conexas, a los derechos humanos, a la justicia penal internacional y, por motivos evidentes, al derecho de los conflictos armados, incluido el derecho internacional humanitario.

¹³⁵ Véase *ibid.*, proyecto de artículo 13, que se refiere al restablecimiento o reanudación de las relaciones convencionales tras un conflicto armado.

D. Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)

112. El proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹³⁶ no hace referencia a su aplicación en épocas de conflicto armado. Según el artículo sobre el alcance, los artículos se aplican a «las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Ni los artículos ni los comentarios correspondientes excluyen de manera expresa las situaciones de conflicto armado. Ahora bien, en los comentarios sí se incluye un análisis importante sobre el principio de diligencia debida plasmado en el artículo 3, relativo a la prevención¹³⁷. En ese análisis se hace referencia al caso *Alabama*¹³⁸. Sin embargo, no se puede inferir que los artículos tengan por objeto regular el comportamiento de los Estados en los conflictos armados, sino que parecen centrarse en la regulación en tiempo de paz.

E. Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006)

113. Según el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹³⁹, aprobados en 2006, se entiende por «daño» un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, y comprende la pérdida o daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente, los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales, y los costos de las medidas razonables de respuesta¹⁴⁰. Es de destacar que el comentario del principio 4 hace referencia a una excepción a la responsabilidad de pronta y adecuada indemnización si el daño es resultado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección¹⁴¹.

F. Labor de la Comisión sobre otras cuestiones

114. La labor previa de la Comisión sobre otras cuestiones pertinentes, como los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y los artículos referentes al derecho del mar, se tratará en el contexto correspondiente.

¹³⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), pág. 156, párr. 97.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 164, párr. 9 del comentario al artículo 3. La diligencia debida es una norma jurídica aplicable tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflicto armado. Para el caso *Alabama*, véase la sentencia del Tribunal Arbitral de Ginebra, en Moore, *History and Digest*, 1872, vol. IV, pág. 4144.

¹³⁹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 64, párr. 66.

¹⁴⁰ *Ibid.*, principio 2, apdo. a, incs. iii) a v). Véase también *ibid.*, pág. 74, párr. 10 del comentario del principio 2, con respecto a la protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra.

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 90, párr. 27 del comentario del principio 4. Véanse en particular los ejemplos citados en la nota 439.

115. Por otra parte, la Comisión se beneficiará de la labor en curso sobre la protección de las personas en casos de desastre y las conclusiones formuladas en ese contexto. Revestirá especial importancia la labor relativa a los artículos sobre la dignidad humana, los derechos humanos, los principios humanitarios en la respuesta a los desastres y el deber de cooperar (incluidas las formas de cooperación)¹⁴².

¹⁴² Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 288, proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, arts. 5 a 10.

116. La Comisión se beneficiará también de la labor en curso sobre la protección de la atmósfera, ya que ambos temas abordan la cuestión de la protección del medio ambiente. No obstante, es poco probable que haya puntos en común entre ellos, ya que el tema de la protección de la atmósfera es más amplio y de distinta naturaleza que el presente tema. Para este último serán de ayuda también otros temas que figuran en el programa de trabajo actual de la Comisión, en particular los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados y la identificación del derecho internacional consuetudinario.

CAPÍTULO X

Principios y conceptos ambientales

117. Cabe señalar antes que nada que el presente capítulo tiene por objeto recordar principios y conceptos del derecho internacional que pueden seguir aplicándose durante los conflictos armados. No se aborda sin embargo la cuestión de en qué medida pueden aplicarse. Tampoco se pretende llegar en el presente informe a ninguna conclusión definitiva en esta etapa preliminar, sino más bien ayudar a facilitar las próximas deliberaciones en el seno de la Comisión.

118. Las referencias a los principios del derecho ambiental o los derechos humanos se incluyen con fines prácticos. No se quiere decir con ellas que se trate de regímenes autónomos. Como afirmó la Comisión en su estudio sobre la fragmentación del derecho internacional:

[L]a cuestión de si el «derecho ambiental internacional» designa a una rama especial del derecho internacional dentro de la cual se aplican principios de interpretación distintos de los generales, o simplemente a un conjunto de normas convencionales y consuetudinarias relativas al medio ambiente, quizás pueda parecer demasiado abstracta como para tener demasiada pertinencia. Por ejemplo, la designación normal del derecho de los conflictos armados como *lex specialis* y régimen autónomo, o incluso como «un conjunto diferente de normas de derecho internacional público», deja completamente abierta la cuestión de en qué medida quedan afectadas las normas generales de, por ejemplo, el derecho de los tratados¹⁴³.

119. Desde luego, los tratados se aplican sin restricciones, y en la medida en que las partes hayan aceptado cumplir las correspondientes obligaciones, en tiempo de paz, es decir, antes y después de un conflicto armado. Por otro lado, también se aplica el derecho internacional consuetudinario. Desde esta perspectiva, puede parecer superfluo reflexionar sobre las etapas anterior y posterior a un conflicto¹⁴⁴, pero no es así. Precisamente, resulta necesario porque la aplicación de los tratados en forma paralela al derecho de los conflictos armados es incierta. Como se ha recordado en varias oportunidades, ciertas disposiciones

¹⁴³ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1, párr. 133.

¹⁴⁴ Durante el debate en la Asamblea General, la Federación de Rusia afirmó que «sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados ya existe una reglamentación suficiente en el marco del derecho internacional humanitario, porque los períodos anterior y posterior a un conflicto armado se consideran tiempo de paz, durante el cual son plenamente aplicables las normas generales de protección del medio ambiente» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 25.ª sesión (A/C.6/68/SR.25)*, párr. 47).

de los tratados sobre el derecho de los conflictos armados se aplican en tiempo de paz.

120. Por motivos evidentes, es casi imposible enumerar todos los tratados «ambientales» y «de derechos humanos» que existen y tratar la cuestión de su aplicabilidad en tiempo de paz. Sería incluso más difícil tratar de describir exhaustivamente las relaciones entre esos instrumentos, los Estados partes en esos tratados y sus reservas, por nombrar algunos aspectos. No tendría sentido porque sería como tratar de acertar un blanco en movimiento. Además, el resultado solo reflejaría parte del panorama jurídico, ya que quedarían excluidos el derecho consuetudinario y la jurisprudencia.

121. En esta etapa de la labor de la Comisión, tal vez sea más constructivo tratar de determinar la evolución general de los principios y conceptos, muchos de los cuales han sido incorporados en tratados o han alcanzado (o probablemente alcancen) la categoría de norma de derecho internacional consuetudinario.

122. Cabe señalar que los principios y conceptos de derecho ambiental que guardan relación con el presente tema son imprecisos y vagos, y rara vez proporcionan soluciones y respuestas definidas. Eso no quiere decir que no existan. La presente sección tiene por objeto recordar los aspectos principales de la evolución que ha tenido lugar desde que se aprobaron la Convención sobre la Modificación Ambiental (1976) y 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) (1977).

123. Estados y especialistas en la materia suelen discrepar acerca de si conceptos políticos como el desarrollo sostenible o el criterio de precaución se han convertido en principios del derecho. No es infrecuente que los tribunales adopten posturas diferentes sobre la posición de un determinado concepto. La divergencia de opiniones no les impide aplicar su interpretación del derecho. El principio de precaución es un buen ejemplo de ello. Por lo tanto, la Relatora Especial se referirá en el presente informe a «principios» y «conceptos».

124. Como se indicó anteriormente, la Relatora Especial considera que los fallos y decisiones de los tribunales

internacionales revisten especial importancia. La práctica de los tribunales nacionales ha sido más difícil de precisar. Obviamente, debe de haber una gran cantidad de jurisprudencia nacional sobre legislación interna, pero eso no es necesariamente útil para determinar si los tribunales reflejan la posición de un determinado Estado en relación con el derecho internacional. Los Estados no han proporcionado esa información. Por lo tanto, el presente informe hace referencia a los fallos de tribunales internacionales.

A. Desarrollo sostenible

125. El desarrollo sostenible es el vínculo necesario entre la protección del medio ambiente y sus recursos, por un lado, y las necesidades del ser humano, por el otro. Tiene un claro elemento intergeneracional. Se supone que los recursos, sean cuales fueren, deben utilizarse de manera que duren por períodos prolongados, es decir, durante más de una generación.

126. Suele subrayarse que el «desarrollo sostenible» es más un concepto político y socioeconómico¹⁴⁵ que un principio del derecho. Por lo tanto, la posición jurídica de este concepto es objeto de debate. Cuando se utiliza el término «principio de sostenibilidad» no necesariamente se hace referencia a un principio del derecho: es muy posible que el término tenga connotaciones políticas. En resumen, existen opiniones divergentes en cuanto a si tiene consecuencias jurídicas, mientras que en otras se expresa un grado mayor de duda.

127. La Corte Internacional de Justicia trató esa cuestión en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*:

Durante siglos, la humanidad, por razones económicas y de otra índole, ha interferido constantemente en la naturaleza. En otras épocas, ello se hacía sin tener en cuenta los efectos para el medio ambiente. De resultados de las nuevas investigaciones científicas y de la creciente sensibilización acerca de los riesgos para la humanidad —para las generaciones presentes y futuras— de la realización de esas intervenciones a un ritmo inconsiderado e ininterrumpido, se han desarrollado nuevas normas y principios que se han incluido en un gran número de instrumentos durante los dos últimos decenios. Esas nuevas normas han de tenerse en cuenta y esos nuevos principios han de valorarse en su justa medida, no solo cuando los Estados prevean la realización de más actividades, sino también cuando continúen las que comenzaron. Esa necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente se manifiesta adecuadamente en el concepto de desarrollo sostenible¹⁴⁶.

128. La Corte Internacional de Justicia no se pronunció sobre la posición jurídica del desarrollo sostenible, pero el vicepresidente Weeramantry, en su opinión separada, expresa la clara postura de que el desarrollo sostenible es un principio del derecho y parte intrínseca del derecho internacional¹⁴⁷.

129. Más de diez años después, la Corte Internacional de Justicia trató la cuestión del desarrollo sostenible en

el caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, en la que hizo referencia al «estrecho vínculo existente entre la utilización equitativa y razonable de un recurso compartido y la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente que es la esencia del desarrollo sostenible»¹⁴⁸. Si bien la Corte no se refirió al desarrollo sostenible en cuanto principio del derecho internacional general, los magistrados Al-Khasawneh y Simma hicieron referencia al principio del desarrollo sostenible en su opinión disidente conjunta¹⁴⁹. Además, el magistrado Cançado Trindade dedicó la totalidad de su opinión separada a los principios del derecho internacional, e hizo un análisis específico sobre el desarrollo sostenible en cuanto principio del derecho internacional¹⁵⁰.

130. Como señala el ex magistrado Koroma, «el desarrollo sostenible ha pasado a desempeñar un papel importante en la jurisprudencia de la Corte, a pesar de que esta todavía no ha determinado que se trate de un principio general del derecho en el sentido del artículo 38 1) del Estatuto de la Corte»¹⁵¹. Y añade:

En general, el derecho internacional sobre el desarrollo sostenible ha evolucionado rápidamente y se ha consolidado en los tres últimos decenios hasta tal punto que goza de la aceptación general de casi todos los Estados. Hoy, la Corte Internacional de Justicia hace referencia al desarrollo sostenible cuando dirime controversias entre los Estados, y también ha contribuido a desarrollar y perfeccionar aún más el concepto a través de su jurisprudencia. En adelante, está claro que el concepto de desarrollo sostenible seguirá desempeñando un papel cada vez más importante en la configuración de las normas internacionales, los tratados y las decisiones judiciales¹⁵².

131. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC también han formulado observaciones sobre el concepto de desarrollo sostenible. Por ejemplo, en su informe en el asunto *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, el Órgano de Apelación señaló que, según el preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, ese concepto era uno de los objetivos que los Estados miembros podían tratar de lograr¹⁵³. En el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados*

¹⁴⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 75, párr. 177 *in fine*. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 113.

¹⁴⁹ *Ibid.*, opinión disidente conjunta de los magistrados Al-Khasawneh y Simma, pág. 120, párr. 26.

¹⁵⁰ *Ibid.*, opinión separada del magistrado Cançado Trindade; véase, por ejemplo, pág. 187, párr. 139 y la nota 118, en que se hace referencia, entre otros, a Sands, *Principles of International Environmental Law*, págs. 252, 260 y 266, y Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, págs. 145, 147, 162, 171 y 186. Como los Estados no pueden invocar la falta de certeza científica para justificar su inacción, ante el posible riesgo de daño grave para el medio ambiente entra en juego el principio de precaución, tanto como «el principio del desarrollo sostenible» (Birmie, Boyle y Redgwel, *International Law and the Environment*, pág. 163).

¹⁵¹ Koroma, «Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice».

¹⁵² *Ibid.* El magistrado Koroma hace referencia a los casos *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111) y *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 168 (véase también *C.I.J. Resúmenes 2003-2007*, pág. 152), dos casos en que la Corte Internacional de Justicia abordó indirectamente la cuestión del desarrollo sostenible.

¹⁵³ WT/DS246/AB/R, 7 de abril de 2004, párr. 94.

¹⁴⁵ French, «Sustainable development».

¹⁴⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungria c. Eslovaquia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 78, párr. 140.

¹⁴⁷ *Ibid.*, opinión separada del vicepresidente Weeramantry, págs. 88 a 116; véanse sus opiniones, muy claras, en las págs. 89, 95 y 110, por ejemplo. Otros magistrados consideraron el concepto de otra manera. En su opinión disidente, el magistrado Oda considera que el desarrollo económico y el desarrollo sostenible son «intereses opuestos entre sí», págs. 153 a 169, en esp. págs. 160 y 161.

camarones y productos del camarón, el Órgano de Apelación observó que la redacción del preámbulo «demuestra el reconocimiento por parte de los negociadores de la OMC de que la utilización óptima de los recursos mundiales debe hacerse de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible»¹⁵⁴. Además, observó que el Estado en cuestión debía procurar una solución de colaboración con los Estados afectados¹⁵⁵.

132. La Corte Permanente de Arbitraje trató la cuestión del desarrollo sostenible en el arbitraje *Iron Rhine Railway*, donde se observó que «[l]os principios incipientes, sea cual fuere su posición actual, hacen referencia a la conservación, la gestión, las nociones de prevención y de desarrollo sostenible, y la protección para las generaciones venideras»¹⁵⁶.

B. Prevención y precaución

133. El principio de prevención, cuyo origen se remonta al caso *Trail Smelter*¹⁵⁷, es el pilar fundamental del derecho internacional ambiental. Además, se encuentra estrechamente relacionado con el principio de precaución o cautela.

134. El principio de prevención se considera parte del derecho internacional consuetudinario y se aplica principalmente en cuestiones transfronterizas. Ha sido recogido en los tratados internacionales y reconocido en la jurisprudencia (por ejemplo, en los casos *Pulp Mills on the River Uruguay* y *Gabčíkovo-Nagymaros Project* antes mencionados). La UE, por ejemplo, ha consagrado tanto el principio de prevención como el de precaución en el artículo 191, párr. 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁵⁸. Aunque el principio de prevención es autónomo, solo es verdaderamente operativo cuando se ve complementado por una reglamentación más precisa en tratados concretos. Básicamente, no puede existir responsabilidad a menos que las obligaciones que se deriven del principio se enuncien claramente. El Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) es un buen ejemplo de ello. Dicho Convenio tiene por objeto prevenir y eliminar la contaminación marina y su punto de partida es la obligación de las partes de aplicar el «principio de precaución» y el principio de «quien contamina, paga»¹⁵⁹. Además, el Convenio establece obligaciones más precisas con miras a la consecución de su objeto y finalidad.

135. En el caso *Iron Rhine Railway* mencionado anteriormente, el tribunal arbitral afirmó que «se está haciendo

cada vez más hincapié en el deber de prevención»¹⁶⁰, y señaló asimismo que:

El derecho ambiental y el derecho en materia de desarrollo no se excluyen entre sí sino que constituyen conceptos integrales que se refuerzan mutuamente y que, cuando el desarrollo pudiera provocar un daño considerable al medio ambiente, imponen el deber de prevenir, o al menos mitigar, dicho daño [...]. Este deber, en opinión del Tribunal, se ha convertido en un principio del derecho internacional general. Este principio se aplica no solo a las actividades autónomas sino también a las que se lleven a cabo al ejecutarse tratados específicos concluidos por las Partes¹⁶¹.

136. El Tribunal Europeo de Justicia también se refirió al principio de prevención en el asunto *Reino Unido c. Comisión de las Comunidades Europeas*, en el que señaló que «el apartado 2 [del artículo 130 R del Tratado CE] [...] prevé que dicha política, que tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basará, entre otros, en los principios de cautela y de acción preventiva, y que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad»¹⁶².

137. Mientras que el principio de prevención está orientado principalmente a los daños conocidos o previsibles, el principio de precaución exige una acción incluso cuando no haya certeza científica respecto a la producción de tales daños¹⁶³. La finalidad del principio de precaución es dar cuenta de los posibles riesgos que aún no han sido objeto de investigación y análisis científico exhaustivo. Si se conocen los efectos ambientales de una determinada actividad, las medidas que se tomen para evitarlos tienen solo carácter preventivo; pero si estos efectos se desconocen, estas mismas medidas pueden considerarse de precaución. Si bien muchos instrumentos se refieren a ambos como si se tratara de dos principios distintos, en la práctica esto no queda tan claro, debido a que es difícil mantener una división entre ambos conceptos cuando se aplican los principios¹⁶⁴. Se ha hecho referencia al principio de precaución en el sentido de un criterio preventivo y precautorio. Aún no hay consenso universal respecto a si la obligación de adoptar medidas de precaución implica que la obligación se ha consagrado como principio. Hace poco más de 10 años, Sands observó que «[a]lgunos tribunales internacionales están ahora dispuestos a aplicar el principio de precaución, y otros están dispuestos a aplicarlo con cautela»¹⁶⁵. Cabe destacar que la Comisión ha tenido opiniones divergentes a este respecto. En el contexto de la labor relativa al derecho de los acuíferos transfronterizos, la Comisión recurrió al «criterio de precaución». En su comentario, sin embargo, dejó claro que «era muy consciente de la divergencia de opiniones acerca del

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial WT/DS58/R y Corr.1, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/R, párr. 153.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 168.

¹⁵⁶ Laudo dictado en el caso *Iron Rhine* («Ijzeren Rijn») *Railway* (Bélgica y Países Bajos), 24 de mayo de 2005, UNRIIAA, vol. XXVII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E/F.06.V.8), pág. 66, párr. 58.

¹⁵⁷ *Trail Smelter*, UNRIIAA, vol. III (núm. de venta 1949.V.2), pág. 1905.

¹⁵⁸ Como señala de Sadeleer, la mayor parte de la doctrina considera que los principios enunciados en el artículo 191, párr. 2, del Tratado son vinculantes (*EU Environmental Law and the Internal Market*, pág. 41, nota 180, en referencia a, por ejemplo, Winter, Epiney, Hilson, Krämer, Fisher y Doherty).

¹⁵⁹ Art. 2, párr. 2, apdos. a y b, respectivamente.

¹⁶⁰ UNRIIAA, vol. XXVII (nota 156 *supra*), pág. 116, párr. 222.

¹⁶¹ *Ibid.*, págs. 66 y 67, párr. 59.

¹⁶² C-180/96, *Recopilación de Jurisprudencia 1998*, pág. I2298, párr. 100. Véase también *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise* (C157/96), *ibid.*, pág. I2259, párr. 64.

¹⁶³ Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, por ejemplo, págs. 36 y 37.

¹⁶⁴ En el contexto del derecho ambiental, la prevención y la precaución pueden ser las dos caras de la misma moneda. Como se explicará en un próximo informe, la distinción entre «conocer» y «no conocer y no poder prever» como fundamento de una decisión podría significar la distinción entre el incumplimiento del derecho aplicable a los conflictos armados y un comportamiento jurídicamente aceptable.

¹⁶⁵ Sands, *Principles of International Environmental Law*, pág. 290.

concepto de “criterio de precaución”, como contrapuesto al “principio de precaución”. No obstante, la Comisión decidió optar por la expresión «criterio de precaución» en la inteligencia de que se trataba de la formulación menos problemática y de que «ambos conceptos producen efectos similares cuando se aplican en la práctica de buena fe»¹⁶⁶. Esta postura se opone a la adoptada anteriormente por la Comisión en la labor relacionada con el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. En ese caso, al parecer la Comisión se refirió al principio de precaución sin vacilación¹⁶⁷.

138. En la causa *Usine Mox* ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el magistrado Wolfrum señaló en su opinión separada que «el debate respecto a si el principio de precaución o el criterio de precaución en el derecho ambiental internacional se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario aún subsiste» y que «[e]ste principio o criterio aplicado al derecho ambiental internacional refleja la necesidad de tomar decisiones relacionadas con el medio ambiente en un contexto de incertidumbre científica respecto a los daños que podría causar una determinada actividad en el futuro»¹⁶⁸.

139. El principio de precaución tiene como finalidad prevenir los riesgos que no puedan preverse ni comprobarse científicamente. Su aplicación puede variar debido a que se encuentra supeditado a las circunstancias del contexto. Para satisfacer los requisitos del principio de precaución pueden aplicarse distintas técnicas, como la prohibición de sustancias o técnicas, la aplicación de la mejor tecnología disponible, la realización de evaluaciones del impacto ambiental, la imposición de criterios de calidad ambiental, la aplicación de medidas de conservación o la imposición de una reglamentación ambiental integrada¹⁶⁹. Por otro lado, como expresó la Comisión, el principio de precaución «[i]mplica la necesidad de los Estados de examinar continuamente sus obligaciones de prevención a fin de mantenerse al día en los avances del conocimiento científico»¹⁷⁰.

140. La OMC se ha referido en varias ocasiones a este principio. En el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, la CE propuso que se considerara al principio de precaución o cautela como «una norma consuetudinaria general del derecho internacional o, por lo menos, un principio general del derecho»¹⁷¹. Si bien el Órgano de Apelación señaló en su decisión que el principio «aún no tiene una formulación autorizada»¹⁷², también indicó

que se encontraba reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio) y que «no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela»¹⁷³. En el asunto *Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, el Órgano de Apelaciones de la OMC volvió a señalar que el principio de precaución se encontraba reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias¹⁷⁴. En el asunto *Japón – Medidas que afectan a los productos agrícolas*, el Órgano de Apelaciones también observó que el párrafo 7 del artículo 5 imponía a los miembros la obligación de «trata[r] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo»¹⁷⁵. En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelaciones observó que los gobiernos responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas¹⁷⁶.

141. En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial se refirió a la decisión del Órgano de Apelaciones adoptada en el asunto *CE – Hormonas* y afirmó que «el debate jurídico acerca de si el principio de precaución o cautela constituye un principio del derecho internacional general o consuetudinario subsiste»¹⁷⁷. El Grupo Especial destacó que «dado que la naturaleza jurídica del principio de precaución o cautela sigue sin determinarse, al igual que el Órgano de Apelación antes que nosotros, consideramos que la prudencia aconseja que no tratemos de resolver esta compleja cuestión, especialmente si no es necesario hacerlo»¹⁷⁸.

142. En la causa *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, la opinión disidente de siete magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos demuestra la importancia jurídica de este principio¹⁷⁹. Debido a la inexistencia de un mecanismo de revisión de la seguridad de las condiciones de funcionamiento de una planta nuclear al renovarse la licencia de operación, los magistrados disidentes sostuvieron que se había incumplido el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (el derecho a un recurso efectivo). Los magistrados disidentes afirmaron que se había incumplido el artículo porque «[n]i siquiera se les concedió a los demandantes la oportunidad de probar ante la justicia la gravedad del peligro y del consecuente riesgo para ellos»¹⁸⁰. Los magistrados disidentes señalaron que «[a]l parecer la mayoría ha hecho caso omiso de la

¹⁶⁶ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 41, párr. 5 del comentario del artículo 12.

¹⁶⁷ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 173, párrs. 6 y 7 del comentario del artículo 10.

¹⁶⁸ *Irlanda c. Reino Unido, medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001, TIDM Recueil 2001*, pág. 134.

¹⁶⁹ Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, por ejemplo, pág. 52.

¹⁷⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, pág. 173, párr. 7 del comentario del proyecto de artículo 10, pág. 163.

¹⁷¹ WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párr. 16.

¹⁷² *Ibid.*, párr. 123.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 124.

¹⁷⁴ WT/DS321/AB/R, párr. 680.

¹⁷⁵ WT/DS76/AB/R, párr. 92.

¹⁷⁶ WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párr. 194.

¹⁷⁷ WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Add.1 a Add.9 y Corr.1, párr. 7.88.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 7.89.

¹⁷⁹ Sentencia de 26 de agosto de 1997, demanda núm. 22110/93, *Recueil des arrêts et décisions 1997IV*, opinión disidente del magistrado Pettiti, a la que se adhirieron los magistrados Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha y Jambrek, pág. 1362.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pág. 1364.

tendencia general del derecho internacional público y de las instituciones internacionales hacia la protección de las personas y el patrimonio histórico, como lo demuestran los instrumentos relacionados con el medio ambiente de la Unión Europea y el Consejo de Europa, los acuerdos de Río, los instrumentos de la UNESCO, el desarrollo del principio de precaución y el principio de conservación del patrimonio común» y que «hubieran preferido que fuera una sentencia del Tribunal Europeo la que impulsara el avance del derecho internacional para la protección de las personas en este ámbito, reforzando el “principio de precaución” y las soluciones jurídicas integrales orientadas a proteger los derechos individuales contra la imprudencia de las autoridades»¹⁸¹.

143. De igual modo, en la causa *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Malasia consideró que el principio debía «guiar a las partes, en el marco del derecho internacional, en la aplicación y ejecución de dichas obligaciones»¹⁸². El Tribunal Europeo de Justicia también consideró importante la cuestión de la precaución en el asunto *Pfizer Animal Health SA*, en el que afirmó que «el principio de cautela permite que las instituciones comunitarias adopten, en interés de la salud humana pero basándose en unos conocimientos científicos aún incompletos, medidas de protección que pueden afectar, a veces gravemente, a situaciones jurídicas protegidas y otorga a las instituciones un gran margen de apreciación a este respecto»¹⁸³, y en el asunto *Alpharma Inc.*, en el que el Tribunal determinó que «[p]ese a reconocer que, en el ámbito de la Directiva 70/524¹⁸⁴, las instituciones comunitarias pueden adoptar medidas basadas en el principio de cautela, las partes discrepan sin embargo sobre la interpretación de dicho principio y sobre la cuestión de si las instituciones comunitarias lo han aplicado correctamente en el caso de autos»¹⁸⁵. Asimismo, en el asunto *Association Greenpeace France y otros c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche y otros*, el Tribunal determinó que «el respeto del principio de precaución encuentra su expresión [...] en la obligación del notificante, prevista en el artículo 11, apartado 6, de la Directiva 90/220»¹⁸⁶.

144. Como se demostró en el asunto *Waddenzee*, los Estados miembros de la UE están obligados a respetar este principio incluso cuando no se lo menciona expresamente en una directiva o reglamentación determinada¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Ibid.*, pág. 1366.

¹⁸² *Malasia c. Singapur*, medidas provisionales, providencia de 8 de octubre de 2003, *TIDM Recueil 2003*, pág. 23, párr. 74.

¹⁸³ Asunto T-13/99, *Recopilación de Jurisprudencia 2002 II*, párr. 170.

¹⁸⁴ Directiva del Consejo de 23 de noviembre de 1970 sobre los aditivos en la alimentación animal, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 270*, 14.12.1970.

¹⁸⁵ Asunto T70/99, *Recopilación de Jurisprudencia 2002 II*, párr. 137.

¹⁸⁶ Asunto C6/99, *ibid.*, 2000, párr. 44. Para la Directiva del Consejo de 23 de abril de 1990 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (90/220/CEE), véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 117*, 8.5.1990.

¹⁸⁷ *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels c. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, asunto C127/02, *Recopilación de Jurisprudencia 2004*, pág. I7405, párr. 44: «Pues bien, teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela que, de conformidad con

En este asunto, se presentó una petición ante el Tribunal de Justicia para que se pronunciara respecto a una norma neerlandesa de evaluación de las repercusiones ambientales relacionada con actividades de pesca en zonas de protección especial de aves en el mar de Frisia. El Tribunal determinó que la cuestión sometida a su consideración debía interpretarse «teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela que [...] constituye una de las bases de la política de un nivel de protección elevado, seguida por la Comunidad en el ámbito del medio ambiente»¹⁸⁸.

145. En general, las instituciones de la UE han gozado de un cierto grado de discreción con respecto a los medios utilizados para concebir medidas específicas orientadas a la aplicación de estos principios debido a su carácter general¹⁸⁹. No obstante, esta discreción puede verse limitada, o incluso desaparecer, cuando el principio en cuestión forma parte de un régimen exhaustivo de autorización¹⁹⁰.

146. De igual modo, el Parlamento Europeo y el Consejo han considerado que una de las maneras de respetar el principio de prevención es a través de las evaluaciones del impacto ambiental. Las siguientes medidas confirman este criterio: a) la Directiva de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente¹⁹¹; b) la Directiva de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres¹⁹²; y c) otras medidas, como la obligación

el artículo 174 CE, apartado 2, párrafo primero, constituye una de las bases de la política de un nivel de protección elevado, seguida por la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, y a la luz del cual debe interpretarse la Directiva sobre los hábitats». Véase también de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, pág. 44.

¹⁸⁸ *Waddenzee*, párr. 44.

¹⁸⁹ De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, pág. 42.

¹⁹⁰ *Waddenzee*, párr. 44. *Reino de Suecia c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T229/04, *Recopilación de Jurisprudencia 2007 II*; véanse, por ejemplo, los párrafos 163 y 164:

«163. Sin embargo, procede subrayar que resulta del artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 91/414 que, para determinar si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 4, apartado 1, letra b), de esta misma Directiva, es necesario aplicar los principios uniformes enunciados en el anexo VI. Además, el segundo considerando de la Directiva 97/57, que determina el contenido del anexo VI, indica que este anexo debe establecer principios uniformes para garantizar una aplicación uniforme y con el rigor deseado, de los requisitos enunciados en el artículo 4, apartado 1, letras b) a e), de la Directiva 91/414.

164. Resulta de ello que el artículo 4, apartado 1, letra b), inciso iv), de la Directiva 91/414, al que remite explícitamente el artículo 5, apartado 1, letra b), de la misma Directiva, ordena que se respeten los principios uniformes del anexo VI.»

Para el texto de la Directiva de 15 de julio de 1991 relativa a la comercialización de productos fitosanitarios (91/114/CEE), véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 230*, 19.8.1991, y para el texto de la Directiva 97/57/CE de 22 de septiembre de 1997 por la que se establece el Anexo VI de la Directiva 91/414/CEE relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, véase *ibid.*, L 265, 27.9.1997.

¹⁹¹ Directiva 2001/42/CE de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 197, 21.7.2001.

¹⁹² Directiva 92/43/CEE de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, *ibid.*, L 206, 22.7.1992.

de intercambiar información sobre el impacto de las actividades nocivas¹⁹³.

147. Cabe destacar que en 2011 en el asunto *Comisión Europea c. Reino de España*¹⁹⁴, el Tribunal Europeo de Justicia señaló que la utilización de un criterio preventivo es más eficaz y menos costosa que la adopción de medidas *a posteriori*. Este razonamiento también se observa en los manuales militares sobre el tema (como el manual militar conjunto redactado por Finlandia, Suecia y los Estados Unidos).

C. Quien contamina, paga

148. El principio de que quien contamina paga tiene su origen en los casos *Trail Smelter* y *Factory at Chorzów*¹⁹⁵, y su finalidad es correctiva. Probablemente sea acertado decir que el principio fue «concebido originalmente para imputar el costo que implica la adopción de medidas de control y prevención de la contaminación, y se ha convertido en una excelente estrategia para proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad humanas, y la gestión de recursos, y para velar por que las actividades sean, en general, ecológicamente sostenibles»¹⁹⁶. El principio de que quien contamina paga se aplica tanto en las relaciones entre los Estados como en el contexto de los regímenes de responsabilidad civil.

149. En el asunto *Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, sometido en 1987 a la consideración del Grupo Especial de Solución de Diferencias del GATT, se dictaminó que las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) relativas a los ajustes fiscales permitían pero no exigían que las partes aplicaran este principio. El Grupo Especial determinó que si bien las normas «dan [...] a la parte contratante la posibilidad de seguir el principio de que es el contaminador quien paga», no obligaban al Estado a hacerlo¹⁹⁷. El Tribunal Europeo de Justicia también mencionó este principio en el asunto *Standley*, en el que señaló que «el principio de que quien contamina paga aparece como la expresión del principio de proporcionalidad»¹⁹⁸.

D. Evaluación del impacto ambiental

150. La evaluación del impacto ambiental forma parte de los esfuerzos destinados a impedir que se produzcan daños al medio ambiente. Como se ha señalado, se trata de un proceso que debe llevarse a cabo. No impone criterios ambientales sustantivos ni indica qué resultados

deben obtenerse¹⁹⁹. No obstante, la obligación de realizar evaluaciones del impacto ambiental se ha incorporado al derecho nacional e internacional. Uno de los convenios más importantes a este respecto es el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio de Espoo).

151. En el caso *Maffezini*, el CIADI confirmó que las evaluaciones del impacto ambiental eran «fundamental[es] para proteger debidamente el medio ambiente y aplicar las medidas preventivas adecuadas»²⁰⁰. Los árbitros también señalaron que esto era válido «no solo en el marco de la legislación española [...], sino también, en medida creciente, en el derecho internacional»²⁰¹.

152. En el arbitraje *Iron Rhine Railway*, el Tribunal señaló que «[l]a reactivación del ferrocarril Iron Rhine no puede analizarse sin tener en cuenta las medidas de protección ambiental necesarias para el uso que pretende darse al ferrocarril. Estas medidas deben incorporarse íntegramente en el proyecto y sus costos»²⁰². Este caso sirve de fundamento para la imposición de un requisito general de realizar evaluaciones del impacto ambiental en el derecho internacional, y también destaca la creciente importancia que se está atribuyendo al deber de prevención. En su labor anterior sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la Comisión también consideró que la práctica de requerir una evaluación del impacto ambiental se había «generalizado»²⁰³.

153. En su primer informe de 2014, el Grupo de Estudio de Diligencia Debida en el Derecho Internacional creado por la Asociación de Derecho Internacional sostiene que estas evaluaciones del impacto ambiental pueden ser un medio para que los Estados satisfagan el criterio de diligencia debida²⁰⁴.

E. Diligencia debida

154. La diligencia debida es un concepto polifacético del derecho internacional que se aplica tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado. El concepto de «diligencia debida»²⁰⁵ ha sido mencionado en abundante jurisprudencia y se originó hace varios siglos. Se trata de una obligación de contenido sumamente amplio debido a que se aplica en varias ramas del derecho internacional. Por ejemplo, su aplicación no se limita meramente a circunstancias relacionadas con los extranjeros en el territorio de un Estado. Reviste importancia también en el derecho internacional de las inversiones, en

¹⁹³ Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, art. 7.

¹⁹⁴ Asunto C-400/08, *Recopilación de Jurisprudencia 2011*, párr. 92.

¹⁹⁵ Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory at Chorzów*, competencia, fallo núm. 8, 1927, *P.C.I.J., Series A, núm. 9*.

¹⁹⁶ Schwartz, «The polluter-pays principle», págs. 256 y 257.

¹⁹⁷ Informe del Grupo Especial adoptado el 17 de junio de 1987 (L/6175-34S/136), GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, 34.º suplemento (Ginebra, 1988), pág. 187, párr. 5.2.5.

¹⁹⁸ *The Queen c. Secretary of State for the Environment y Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *H.A. Standley* y otros, asunto C-293/97, *Recopilación de Jurisprudencia 1999*, párr. 52; véase también el párrafo 51.

¹⁹⁹ Elias, «Environmental impact assessment», pág. 227.

²⁰⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, 2001, CIADI, caso núm. ARB/97/7, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 16 (2001), párr. 67.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² UNRIAA, vol. XXVII (nota 156 *supra*), pág. 116, párr. 223.

²⁰³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 168, párr. 4 del comentario del proyecto de artículo 7.

²⁰⁴ Asociación de Derecho Internacional, Grupo de Estudio de Diligencia Debida en el Derecho Internacional, primer informe, Duncan French (Presidente) y Tim Stephens (Relator), 7 de marzo de 2014, pág. 28.

²⁰⁵ La Relatora Especial volverá a referirse a este tema en una etapa posterior.

el derecho de los derechos humanos, e incluso en el contexto del derecho de los conflictos armados.

155. Es esta función polifacética de la diligencia debida la que ha impulsado a la Asociación de Derecho Internacional a establecer un Grupo de Estudio de Diligencia Debida, cuyo objetivo es «examinar en qué medida existe una interpretación común entre las distintas ramas del derecho internacional en las que se aplica el concepto de diligencia debida»²⁰⁶.

156. El deber de diligencia debida constituye una obligación de comportamiento más que una obligación de resultado, como señaló la Comisión en su labor

²⁰⁶ *Ibid.*, pág. 1.

relacionada con la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, así como el Grupo de Estudio de Diligencia Debida de la Asociación de Derecho Internacional²⁰⁷. En este sentido, cabe destacar que, en su opinión consultiva relativa a la explotación minera en los fondos marinos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar afirmó que la adopción de medidas de precaución formaba parte de la obligación de diligencia debida²⁰⁸.

²⁰⁷ *Ibid.*, pág. 17.

²⁰⁸ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, causa núm. 17, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area* (solicitud de opinión consultiva presentada a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos), opinión consultiva de 1 de febrero de 2011, párr. 131 (*ITLOS Reports 2011*).

CAPÍTULO XI

Derechos humanos y medio ambiente

157. Se suele hacer hincapié en que no es posible gozar de los derechos humanos en un medio ambiente degradado. Sin embargo, de esta afirmación no se desprende automáticamente la existencia de una norma de derecho consuetudinario que confiera un derecho humano individual a gozar de un medio ambiente libre de contaminación. La relación entre un medio ambiente libre de contaminación y el disfrute de los derechos humanos es indirecta y se concreta a través de otros derechos que gozan de reconocimiento, como el derecho a la salud, a la alimentación y a condiciones de vida aceptables²⁰⁹.

158. La relación entre el medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos se ha analizado en varios contextos regionales. Como se indica a continuación, el tratamiento que se da a las normas de derechos humanos en algunos instrumentos regionales y órganos de derechos humanos parece indicar que tales normas podrían estar relacionadas con este tema.

159. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no consagra un derecho general de protección del medio ambiente como tal, pero se ha determinado que las cuestiones ambientales están relacionadas con otros derechos²¹⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha dictaminado que determinados actos

constituyen una violación del derecho a la vida o a la salud, así como del derecho al respeto del hogar, la privacidad y la vida familiar²¹¹.

160. El Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco reconoce expresamente un derecho individual a un medio ambiente libre de contaminación, pero sí incluye disposiciones que podrían producir un resultado similar. En más de una ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que existía una obligación positiva de parte del Estado de adoptar medidas adecuadas y razonables²¹² para proteger el medio ambiente. Podría decirse que estas obligaciones son similares a las reflejadas en el principio de prevención y precaución. Las opiniones respecto al margen de apreciación que se puede conceder a los Estados difieren y esas diferencias solo pueden resolverse atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular²¹³. No obstante, se reconoce que el Estado debe lograr un equilibrio entre el interés general de la comunidad en lo que respecta a los objetivos ambientales y los derechos de los individuos²¹⁴.

161. Además, algunas decisiones adoptadas en el contexto del sistema interamericano se refieren a la divulgación de información a los pueblos afectados. La obligación de divulgar información²¹⁵ que se deriva del derecho de los derechos humanos se refleja con claridad en el

²⁰⁹ Pero véase también la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Estos instrumentos codifican los denominados derechos de tercera generación como derechos colectivos: el artículo 24 de la Carta Africana establece que «[t]odos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo». La Carta Africana de Derechos Humanos entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Por consiguiente, existe una clara referencia a los «pueblos» más que al individuo (la persona). No obstante, es el individuo el que goza de este derecho dentro de su grupo (pueblo). Además, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador reconoce un derecho individual a un «medio ambiente sano» e impone a los Estados la obligación de «promove[r] la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

²¹⁰ *Di Sarno and Others v. Italy*, 10 de enero de 2012, sentencia, demanda núm. 30765/08, párr. 80; y *Kyrtatos v. Greece*, 22 de mayo de 2003, sentencia, demanda núm. 41666/98, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-VI (fragmentos), párr. 52.

²¹¹ *López Ostra v. Spain*, 9 de diciembre de 1994, sentencia, demanda núm. 16798/90, Series A, núm. 303C; *Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, sentencia (Gran Sala), demanda núm. 14967/89, *Reports of Judgments and Decisions* 199-I.

²¹² *Băcilă c. Roumanie*, 30 de marzo de 2010, sentencia, demanda núm. 19234/04, párr. 60; *Di Sarno and Others v. Italy*, 10 de enero de 2012, sentencia, demanda núm. 30765/08, párr. 80.

²¹³ *Hatton and others v. United Kingdom*, 8 de julio de 2003, demanda núm. 36022/97, sentencia, 8 de julio de 2003, párr. 86, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-VIII.

²¹⁴ *López Ostra v. Spain* (nota 211 *supra*), párr. 51; *Hatton and Others v. United Kingdom* (sección tercera), 2 de octubre de 2001, sentencia, demanda núm. 36022/97, párrs. 96 y 97. Véase también *Palmer-Schafroth and Others v. Switzerland* (nota 179 *supra*).

²¹⁵ *Guerra and Others v. Italy* (nota 211 *supra*), párr. 60.

contenido procedimental del principio de diligencia debida²¹⁶. El requisito de consultar al público conlleva una obligación inherente de divulgar información. Las decisiones relacionadas con el medio ambiente adoptadas en el sistema interamericano (Corte o Comisión) aluden a una serie de derechos conferidos al pueblo americano, como el derecho a la propiedad, a la libertad de circulación y residencia, a un trato humano, a las garantías procesales y a la protección judicial²¹⁷. En las sentencias que fue posible consultar, al parecer no se incluyen referencias tácitas a los principios del derecho ambiental.

162. La comunicación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *Ogoniland*²¹⁸ da mayor precisión a la obligación de los Estados de adoptar medidas razonables para impedir un daño ambiental. Además de la obligación de evitar la participación directa en la contaminación del aire, el agua y la tierra, la comunicación de la Comisión Africana también reseña la obligación de proteger a la población del daño ambiental²¹⁹. La comunicación hace hincapié en la importancia de aplicar medidas para garantizar el derecho a la salud y a un medio ambiente libre de contaminación. Entre esas medidas destacan las siguientes: «la vigilancia científica independiente de los entornos amenazados»; la realización de estudios públicos de impacto social y ambiental antes de llevar a cabo un «proyecto industrial importante»; y «la supervisión y el suministro de información a las comunidades que estén expuestas a actividades y materiales peligrosos»²²⁰. Cabe mencionar que los requisitos enunciados en el caso *Ogoniland* son prácticamente idénticos a los exigidos en una evaluación del impacto ambiental con arreglo al derecho ambiental.

163. El hecho de que el carácter jurídico de los derechos humanos difiera del de las normas del derecho ambiental internacional hace más difícil realizar una comparación clara. Es decir, los derechos humanos garantizan los derechos de los individuos, mientras que el derecho internacional ambiental está orientado a las relaciones entre los Estados²²¹. Este es el motivo por el cual las referencias a los principios del derecho ambiental en los derechos

humanos son poco frecuentes y, en las raras ocasiones en que aparecen, suelen ser breves.

Los pueblos indígenas y los derechos ambientales

164. La relación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales es especial. Estos pueblos tienen sus propios conceptos del desarrollo, que son diversos y se basan en sus valores tradicionales, sus concepciones, sus necesidades y sus prioridades²²². Sus tierras ancestrales tienen importancia fundamental para su supervivencia colectiva física y cultural en su calidad de pueblos²²³. La relación que existe entre los pueblos indígenas y su tierra resulta evidente cuando se observa que el 95% de las 200 zonas que cuentan con una biodiversidad mayor y más amenazada son territorios indígenas²²⁴.

165. Los derechos de los pueblos indígenas emanan del «reconocimiento de que su particular relación con el medio ambiente, y la importancia de esta relación para su supervivencia como pueblos únicos, los distingue del resto de la población y exige una condición jurídica especial»²²⁵. Los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos en numerosos tratados e instrumentos, así como en la jurisprudencia²²⁶.

166. Los pueblos indígenas pueden verse especialmente afectados por los conflictos armados. Por lo tanto, es importante destacar que el artículo 16 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)²²⁷ de la OIT se ocupa expresamente del desplazamiento de los pueblos indígenas²²⁸. Una de las normas más importantes consagradas en el Convenio se encuentra en el artículo 16, que establece que los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan (párr. 1). Este es el principio básico que debería aplicarse en circunstancias normales. No obstante, en vista de que en ciertos casos la reubicación podría ser inevitable, solo debería llevarse a cabo como medida excepcional (párr. 2). Cuando la reubicación fuera necesaria, los

perjuicios *transfronterizos* (entre países) de carácter moral o material» (pág. 14).

²¹⁶ Asociación de Derecho Internacional, Grupo de Estudio de Diligencia Debida en el Derecho Internacional (nota 204 *supra*), pág. 28.

²¹⁷ Véanse, por ejemplo, *Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol (Brasil)*, 23 de octubre de 2010, decisión sobre la admisibilidad, informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos núm. 125/10; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, 28 de noviembre de 2007, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C núm. 172, y otros casos mencionados como parte de la colección de decisiones regionales en el sitio web del experto independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente John H. Knox (<http://ieenvironment.org/regional-decisions>).

²¹⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación 155/96, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR)/Nigeria*, 27 de mayo de 2002.

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 50.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 53.

²²¹ El Grupo de Estudio de Diligencia Debida de la Asociación de Derecho Internacional (nota 204 *supra*), describe esta diferencia de la siguiente manera: «El derecho internacional de los derechos humanos difiere de la mayoría de las ramas del derecho internacional debido a que se orienta principalmente a las cuestiones internas de los Estados. En otras ramas, como el derecho internacional ambiental, el principio de soberanía hace que prácticamente no se examinen las cuestiones internas de los Estados, de modo que la atención se centra en los

perjuicios *transfronterizos* (entre países) de carácter moral o material» (pág. 14).

²²² Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, «¿Quiénes son los pueblos indígenas?», ficha descriptiva. Disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/5session_factsheet1.pdf.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Oviedo, Maffi y Larsen, *Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation. An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*.

²²⁵ Plant, *Land Rights and Minorities*, pág. 7.

²²⁶ Entre ellos, cabe mencionar el Convenio sobre la Diversidad Biológica; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (*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, núm. de venta S.93.I.8), anexo I) y el Programa 21 (*ibid.*, anexo II); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (resolución de la Asamblea General 47/135, de 18 de diciembre de 1992) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (resolución de la Asamblea General 61/295, de 13 de septiembre de 2007).

²²⁷ Que actualiza el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107).

²²⁸ OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, págs. 97 y 98.

pueblos indígenas deberían tener el derecho de regresar a sus tierras en cuanto dejaran de existir las causas que motivaron su traslado (párr. 3). Por ejemplo, en casos de guerra o desastre natural, los pueblos podrían retornar a sus tierras cuando ya no se dieran esas circunstancias. Cuando esta reubicación inevitable se torne permanente,

los pueblos indígenas tienen derecho a recibir tierras de igual calidad, sin perjuicio de sus derechos sobre las tierras que ocupaban anteriormente. Estos derechos pueden comprender los relacionados con el potencial agrícola de las tierras y el reconocimiento jurídico de la propiedad sobre la tierra (párr. 4).

CAPÍTULO XII

Programa de trabajo futuro

167. El segundo informe se centrará en el derecho aplicable durante los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales. En él se examinarán en mayor detalle aspectos específicos que solo se mencionaron brevemente en este informe, como las cuestiones de derechos humanos y de los pueblos indígenas relacionadas con este tema. El segundo informe comprenderá el análisis de las normas vigentes relativas a los conflictos armados que guarden relación con el tema, así como su vinculación con el derecho pertinente aplicable en tiempos de paz. Además, el segundo informe diferirá del actual, y probablemente tenga un carácter más analítico y específico, ya que incluirá propuestas de directrices (conclusiones o recomendaciones). El tercer informe (2016) se centrará en las medidas que se aplican con posterioridad a un conflicto y probablemente contenga un número limitado de directrices, conclusiones o recomendaciones.

168. En la exposición efectuada por la Relatora Especial en 2013, se proyectó un plazo de tres años y la presentación de un informe por año que se sometería a la consideración de la Comisión. La Relatora Especial considera que se trata de un plazo realista, siempre que la labor realizada se plasme en directrices, conclusiones o recomendaciones.

169. Con respecto al contenido de las propias directrices (conclusiones o recomendaciones), en su segundo informe la Relatora Especial propondrá que se refieran, entre otras cosas, a los principios generales, las medidas de prevención, la cooperación, ejemplos de normas de derecho internacional que podrían seguir aplicándose durante los conflictos armados y la protección del medio marino. El tercer informe incluirá propuestas relacionadas con medidas posteriores a los conflictos, como medidas de reparación, cooperación, intercambio de información y mejores prácticas.

170. La Relatora Especial considera que se trata de un plan de trabajo adecuado y que permitirá que la Comisión

tenga un panorama general de las dificultades jurídicas que suscita la creciente preocupación en torno al impacto ambiental de las actividades que se desarrollan en el contexto de los conflictos armados. Ante todo, creará las condiciones propicias para que la Comisión extraiga conclusiones adecuadas y recomiende directrices prácticas.

171. Si, como consecuencia de la labor realizada, se planteara la necesidad de continuar con una mayor codificación o desarrollo progresivo, será preciso que la Comisión, o los Estados, tomen una decisión en una etapa posterior. Este enfoque podría parecer demasiado prudente, o hasta poco ambicioso, pero no se deben subestimar los efectos de los pequeños avances. Además, se circunscribiría plenamente a lo dispuesto en el artículo 1 del estatuto de la Comisión, en el que se establece que esta «tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación».

172. La Relatora Especial reconoce que se han expresado opiniones divergentes, tanto en la Comisión como en la Asamblea General, respecto al resultado final de la labor, que aún no se ha decidido. Si bien la Relatora Especial expresó su opinión inicial, sigue aguardando una decisión futura de la Comisión²²⁹.

173. La Relatora Especial seguirá manteniendo consultas con otras entidades, como el CICR, la UNESCO y el PNUMA, así como con organizaciones regionales. No obstante, sería de gran valor que la Comisión volviera a pedir a los Estados que proporcionen ejemplos de casos en los que las normas de derecho ambiental internacional, incluidos los tratados regionales y bilaterales, han seguido aplicándose durante conflictos armados internacionales o no internacionales. Además, también sería de ayuda que los Estados proporcionaran ejemplos de leyes nacionales en la materia y jurisprudencia en la que se haya aplicado el derecho ambiental nacional o internacional.

²²⁹ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), párr. 143.

ANEXO

Bibliografía seleccionada

- AJIBOLA, Bola
«Protection of the environment in times of armed conflict», en Najeeb Al-Nauimi y Richard Meese (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995.
- ALMOND, Harry H., Jr.
«The use of the environment as an instrument of war», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2 (1991), págs. 455 a 468.
- ALSTON, Philip, Jason MORGAN-FOSTER y William ABRESCH
«The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the “war on terror”», *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1 (2008), págs. 183 a 209.
- ANDERSON, Terry L. y J. BISHOP GREWELL
The greening of foreign policy, PERC Policy Series, vol. 20, Bozeman (Montana), Property and Environment Research Center, 2000.
- ANTOINE, Philippe
«Droit international humanitaire et protection de l’environnement en cas de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 74, núm. 798 (noviembre-diciembre de 1992), págs. 537 a 558.
- ANTON, Donald K. y Dinah L. SHELTON
Environmental Protection and Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- ARRAIZA NAVAS, Fermín Luis y Pedro J. VARELA FERNÁNDEZ
«Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, núm. 1 (2001), págs. 209 a 233.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES
Problemas Internacionales del Medio Ambiente. VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.
- AUSTIN, Jay E. y Carl E. BRUCH (eds.)
The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BÄCHLER, Günther y Kurt R. SPILLMAN (eds.)
Environmental Degradation as a Cause of War. Country Studies of External Experts, Chur y Zurich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy
«Legal protections for the environment in times of armed conflict», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2 (primer trimestre de 1993), págs. 351 a 383.
- BANERJEE, Rishav
«Destruction of environment during an armed conflict and violation of international law: a legal analysis», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), págs. 145 a 188.
- BARBOZA, Julio
The Environment, Risk and Liability in International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNED, Ashley y Christopher WATERS
«The Arctic environment and international humanitarian law», *Canadian Yearbook of International Law*, t. XLIX (2011), págs. 213 a 241.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4 (cuarto trimestre de 1996), págs. 63 a 74.
- BEN MAHFOUDH, Haykel
L’environnement, l’humanitaire et le droit international, Túnez, Centre des Publication Universitaire, 2010.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE y Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLATTMANN, Heidi
«Environmental damage from the Gulf war», *Swiss Review of World Affairs*, vol. 42, núm. 3 (1992), págs. 27 y 28.
- BLISHCHENKO, Igor P. y Vladimir P. SHAVROV
«The legal basis of claims for damage to the environment resulting from military action», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40 (1989), págs. 29 a 45.
- BLOM, Esther y otros (eds.)
Nature in War. Biodiversity Conservation during Conflict, seminario internacional, Leiden, Netherlands Commission for International Nature Protection, 2000.
- BODANSKY, Daniel
Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BODANSKY, Daniel, Jutta BRUNNÉE y Ellen HEY (eds.)
The Oxford Handbook on International Environmental Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOELART-SUOMINEN, Sonja Ann Jozef
International Environmental Law and Naval War. The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict, Newport, Naval War College, 2000.
- BOTHE, Michael
«The protection of the environment in times of armed conflict. Legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments», *German Yearbook of International Law*, vol. 34 (1991), págs. 54 a 62.
- «Protection of the environment in times of armed conflict», en Najeeb Al-Nauimi y Richard Meese (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 75 a 104.
- BOTHE, Michael y otros
Protection of the Environment in Times of Armed Conflict. Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas (actual Comisión Europea), SJ/110/85, 1985.
- «El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, núm. 879 (2010), págs. 321 a 346.
- BOTHE, Michael, Karl Josef PARTSCH y Waldemar A. SOLFAL
New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 2.ª ed. rev., La Haya, Martinus Nijhoff, 2013.
- BOUVIER, Antoine
«La protection de l’environnement naturel en période de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, núm. 792 (noviembre-diciembre de 1991), págs. 599 a 611.

BOWMAN, Michael

«Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 41 a 61.

BROWN WEISS, Edith

International Law for a Water-Scarce World, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.

BRUCH, Carl y otros

Constitutional Environmental Law. Giving Force to Fundamental Principles in Africa, 2.ª ed., Washington D.C., Environmental Law Institute, 2007.

«Post-conflict peace building and natural resources», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), págs. 58 a 96.

BUNKER, Alice Louise

«Protection of the environment during armed conflict: one Gulf, two wars», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, núm. 2 (2004), págs. 201 a 213.

CARON, David D.

«Finding out what the oceans claim: the 1991 Gulf War, the marine environment, and the United Nations Compensation Commission», en David D. Caron y Harry N. Scheiber (eds.), *Bringing New Law to Ocean Waters*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, págs. 393 a 415.

CLÉMENT, Etienne

«Le réexamen de la Convention de La Haya de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé», en Najeeb Al-Nauimi y Richard Meese (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 133 a 150.

CORTINA MENDOZA, Roxana y Víctor SACO CHUNG

«La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG (Belo Horizonte)*, vol. 51 (julio-diciembre de 2007), págs. 255 a 277.

CRAWFORD, Alex y Johannah BERNSTEIN

MEAs, Conservation and Conflict. A Case Study of Virunga National Park, DRC, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.

CRAWFORD, Emily

«Armed conflict, international», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 612 a 626.

DAM-DE JONG, Daniëlla

«International law and resource plunder: the protection of natural resources during armed conflict», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), págs. 27 a 57.

International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations, Leiden, Facultad de Derecho, Universidad de Leiden, 2013, tesis.

«From engines for conflict into engines for sustainable development: the potential of international law to address predatory exploitation of natural resources in situations of internal armed conflict», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 155 a 177.

DAS, Onita

Environmental Protection, Security and Armed Conflict. A Sustainable Development Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

«Environmental protection in armed conflict: filling the gaps with sustainable development», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 103 a 128.

D'ASPREMONT, Jean

«Towards an international law of brigandage: interpretative engineering for the regulation of natural resource exploitation», *Asian Journal of International Law*, vol. 3 (2013), págs. 1 a 24.

DEBONNET, Guy y Kes HILLMAN-SMITH

«Supporting protected areas in a time of political turmoil: the case of world heritage sites in the Democratic Republic of the Congo», *Parks*, vol. 14, núm. 1 (2004), págs. 9 a 16.

DE SADELEER, Nicolas

EU Environmental Law and the Internal Market, Oxford, Oxford University Press, 2014.

DESCH, Thomas

«Haftung für Umweltschäden im Krieg: einige Bemerkungen zu I.P. Blishchenko und V.Ph. Shavrov», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 40, núm. 1 (1989), págs. 47 a 71.

DESGAGNÉ, Richard

«The prevention of environmental damage in time of armed conflict: proportionality and precautionary measures», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), págs. 109 a 129.

DOMÍNGUEZ-MATÉS, Rosario

«Desafío para el derecho internacional humanitario: responsabilidad penal internacional del individuo por daños al medio ambiente durante un conflicto armado», *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), págs. 43 a 69.

«New weaponry technologies and international humanitarian law: their consequences on the human being and the environment» en Pablo Antonio Fernández-Sánchez (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, págs. 91 a 119.

DORSEY, Jessica y otros

Conference notes on protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 7 de noviembre de 2011.

DORSOUMA, Al-Hamandou y Michel-André BOUCHARD

«Conflits armés et environnement. Cadres, modalités, méthodes et rôle de l'évaluation environnementale», *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).

DOUHAN, Alena

«Liability for environmental damage», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 830 a 837.

DROEGE, Cordula y Marie-Louise TOUGAS

«The protection of the natural environment in armed conflict — Existing rules and need for further legal protection», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 21 a 52.

DUBARRY HUSTON, Meredith

«Wartime environmental damages: financing the clean-up», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, núm. 4 (primer trimestre de 2002), págs. 899 a 929.

ELIAS, Olufemi

«Environmental impact assessment», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 227 a 242.

ENGFELDT, Lars-Göran

From Stockholm to Johannesburg and Beyond: The Evolution of the International System for Sustainable Development Governance and Its Implications, Estocolmo, Oficinas del Gobierno, 2009.

- ENIANG, Edem A., Amleset HAILE y Teshale YIHDEGO
«Impacts of landmines on the environment and biodiversity», *Environmental Policy and Law*, vol. 37, núm. 6 (2007), págs. 501 a 504.
- FALK, Richard
«The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 137 a 155.
- «Environmental disruption by military means and international law», en Arthur H. Westing (ed.), *Environmental Warfare. A Technical, Legal and Policy Appraisal*, Taylor & Francis, Londres y Filadelfia, 1984, págs. 33 a 51.
- FELICIANO, Florentino P.
«Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: a note on some international law problems in the Gulf War», *Houston Journal of International Law*, vol. 14, núm. 3 (segundo trimestre de 1992), págs. 483 a 519.
- FENRICK, W. J.
«The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: a view from the outside», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), págs. 53 a 80.
- FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG y Panous MERKOURIS (eds.)
Research Handbook on International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- FLECK, Dieter
«Current legal and policy issues», en Julie Dahlitz, *Future Legal Restraints on Arms Proliferation: Arms Control and Disarmament Law* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta G.V.E.96.0.24), 1996, págs. 21 a 46.
- «The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 7 a 20.
- FRENCH, Duncan
«Sustainable development», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 51 a 68.
- GARDAM, Judith G.
«Energy and the law of armed conflict», *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 15, núm. 2 (mayo de 1997), págs. 87 a 96.
- GASSER, Hans-Peter
«For better protection of the natural environment in armed conflict: a proposal for action», *AJIL*, vol. 89, núm. 3 (1995), págs. 637 a 644.
- GEHRING, Réa
La protection de l'environnement en période de conflit armé: que peut ou pourrait apporter la Cour pénale internationale, memoria, Universidad de Lausana, 2001.
- GILLESPIE, Alexander
Conservation, Biodiversity and International Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef
«Legal protection of the environment against the effects of military activities», *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, núm. 4 (diciembre de 1991), págs. 399 a 406.
- «The mitigation of environmental disruption by war: legal approaches», en Arthur H. Westing (ed.), *Environment Hazards of War. Releasing Dangerous Forces in an Industrialized World*, Londres, Sage, 1990, págs. 48 a 60.
- «Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications», *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 3 (1992), págs. 133 a 136.
- GREEN, L. C.
«The environment and the law of conventional warfare», *Canadian Yearbook of International Law*, t. XXIX (1991), págs. 222 a 237. Resumen en francés, págs. 236 y 237.
- GREENWOOD, Christopher
«State responsibility and civil liability for environmental damages caused by military operations», en Richard J. Grunawalt, John E. King y Ronald S. McClain (eds.), *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 1996, págs. 397 a 415.
- GUILLARD, David
Les armes de guerre et l'environnement naturel. Essai d'étude juridique, París, L'Harmattan, 2006.
- HAGMANN, Tobias
«Confronting the concept of environmentally induced conflict», *Peace, Conflict and Development*, vol. 6 (2005), págs. 1 a 22.
- HALLE, Silja (ed.)
From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment, Nairobi, PNUMA, 2009.
- HARWELL, Emily E.
«Building momentum and constituencies for peace: the role of natural resources in transitional justice and peacebuilding», en Carl Bruch, Carroll Muffet y Sandra S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, de próxima aparición.
- HAWLEY, T.M.
Against the Fires of Hell. The Environmental Disaster of the Gulf War, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff y Michael DONNER
«New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts», *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), págs. 281 a 314.
- HENCKAERTS, Jean-Marie
«International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 602 a 619.
- HERCZEGH, Géza
«La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire», en Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 725 a 733.
- HOURLLE, Laurent R.
«Environmental law of war», *Vermont Law Review*, vol. 25, núm. 3 (segundo trimestre de 2001), págs. 653 a 693.
- HUANG, Ling-Yee
«The 2006 Israeli-Lebanese conflict: a case study for protection of the environment in times of armed conflict», *Florida Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1 (abril de 2008), págs. 103 a 113.
- HULME, Karen
War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- «Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 92, núm. 879 (septiembre de 2010), págs. 347 a 365.

- JENSEN, David
«Evaluating the impact of UNEP's post-conflict environmental assessments», en David Jensen y Steve Lonergan (eds.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Londres, Earthscan, 2013, págs. 17 a 62.
- JENSEN, David y Silja HALLE (eds.)
Protecting the Environment During Armed Conflict. An Inventory and Analysis of International Law, Nairobi, PNUMA, 2009.
- Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, Nairobi, PNUMA, 2012.
- JENSEN, Eric Talbot
«The international law of environmental warfare: active and passive damage during times of armed conflict», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, núm. 1 (enero de 2005), págs. 145 a 186.
- JENSEN, Eric Talbot y James J. TEIXEIRA, Jr.
«Prosecuting members of the U.S. military for wartime environmental crimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. XVII, núm. 4 (2005), págs. 651 a 671.
- JOYNER, Christopher C. y James T. KIRKHOPE
«The Persian Gulf War oil spill: reassessing the law of environmental protection and the law of armed conflict», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 24, núm. 1 (primer trimestre de 1992), págs. 29 a 62.
- JUSTE RUIZ, José
«Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», en Zlata Drnas de Clément (ed.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, t. II, Córdoba (Argentina), Marcos Lerner, 2002, págs. 1011 a 1039.
- «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», en Juan Soroeta Liceras (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2002, págs. 83 a 110.
- KARURU, Njeri y Louise YEUNG
«Integrating gender into post-conflict natural resource management», en Carl Bruch, Carol Muffet and Sandra S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, de próxima aparición.
- KEARNS, Brendan
«When bonobos meet guerillas: preserving biodiversity on the battlefield», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. XXIV, núm. 2 (2012), págs. 123 a 168.
- KELLMAN, Barry
«The Chemical Weapons Convention: a verification and enforcement model for determining legal responsibilities for environmental harm caused by war», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 579 a 601.
- KIRCHNER, Andree
«Environmental protection in time of armed conflict», *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 9, núm. 10 (2000), págs. 266 a 272.
- KISS, Alexandre
«International humanitarian law and the environment», *Environmental Policy and Law*, vol. 31, núms. 4 y 5 (2001), págs. 223 a 231.
- KNOX, John H.
«Assessing the candidates for a global treaty on environmental impact assessment», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, núm. 1 (2003), págs. 153 a 168.
- KOPPE, Erik V.
«The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 53 a 82.
- The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- KOROMA, Abdul G.
«Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice», en Jonas Ebbesson y otros (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leiden, Brill, 2014, págs. 189 a 201.
- LANDEL, Morgane
«Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 19, núm. 2 (segundo trimestre de 2010), págs. 491 a 513.
- LANIER-GRAHAM, Susan D.
The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare, Nueva York, Walker, 1993.
- LAUSCHE, Barbara J.
Weaving a Web of Environmental Law, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2008.
- LAVAUUX, Stephanie
Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- LAVIELLE, Jean-Marc
«Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international», *Revue juridique de l'environnement*, vol. 4 (1992), págs. 421 a 452.
- LIJNZAAD, Liesbeth y Gerard J. TANJA
«Protection of the environment in times of armed conflict: the Iraq-Kuwait War», *Netherlands International Law Review*, vol. XL núm. 2 (1993), págs. 169 a 199.
- LORD, Janet E.
«Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis», *California Western International Law Journal*, vol. 25, núm. 2 (segundo trimestre de 1995), págs. 311 a 355.
- LOW, Luan y David HODGKINSON
«Compensation for wartime environmental damage: challenges to international law after the Gulf War», *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, núm. 2 (primer trimestre de 1995), págs. 405 a 483.
- LUBELL, Noam
«Challenges in applying human rights law to armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 860 (diciembre de 2005), págs. 737 a 754.
- LUJALA, Päivi y Siri Aas RUSTAD (eds.)
High-value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding, Abingdon, Earthscan, 2012.
- LUNDBERG, Michael A.
«The plunder of natural resources during war: a war crime (?)», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 39, núm. 3 (2008), págs. 495 a 525.
- MAKHJANI, Arjun, Howard HU y Katherine YIH (eds.)
Nuclear Wastelands. A Global Guide to Nuclear Weapons Production and its Health and Environmental Effects, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1995.

- MALVIYA, R.A.
«Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship», *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law* (Nueva Delhi), vol. I (2001), págs. 72 a 93.
- MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE y Andreas PAULUS
«Trends in international humanitarian law», *Human Rights Law Journal*, vol. 29, núms. 6-12 (2008), págs. 216 a 226.
- MARAUHN, Thilo y Zacharie F. NTOUBANDI
«Armed conflict, non-international», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 626 a 637.
- MARSH, Jeremy
«Lex lata or lex ferenda? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law», *Military Law Review*, vol. 198 (primer trimestre de 2008), págs. 116 a 164.
- MCCARTHY, Conor
Reparations and Victim Support in the International Criminal Court, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- MCNEILL, John H.
«Protection of the environment in times of armed conflict: environmental protection in military practice», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), págs. 75 a 84.
- MELVIN, Neil y Ruben DE KONING
«Resources and armed conflict», *SIPRI Yearbook 2011. Armaments, Disarmament and International Security*, págs. 39 a 60.
- MENSAH, Thomas A.
«United Nations Compensation Commission (UNCC)», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 302 a 311.
- MÉSA, Rodolphe
«Protection de l'environnement et armes de combat. Étude de droit international pénal», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 85 (2011), págs. 43 a 57.
- MOLLARD BANNELIER, Karine
La protection de l'environnement en temps de conflit armé, París, Pedone, 2001.
- MOMTAZ, Djamchid
«Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït», *AFDI*, vol. XXXVII (1991), págs. 203 a 219.
- MOORE, John Bassett (ed.)
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE y Thomas R. SNIDER
Litigating War. Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- NAFZIGER, James A.R.
«UNESCO-centered management of international conflict over cultural property», *Hastings Law Journal*, vol. 27 (mayo de 1976), págs. 1051 a 1067.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.
«Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 123, núm. 1 (1992), págs. 123 a 219.
- OKOWA, Phoebe
«The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict», en Willem J.M. van Genugten, Michael P. Scharf y Sasha E. Radin (eds.), *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference*, La Haya, T.M.C. Asser, 2007, págs. 243 a 260.
- «Environmental justice in situations of armed conflict», en Jonas Ebbesson y Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, págs. 231 a 252.
- OVIEDO, Gonzalo, Luisa MAFFI y Peter Bille LARSEN
Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation. An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity, Gland, Fondo Mundial para la Naturaleza, 2000.
- ÖZERDEM, Alpaslan y Rebecca ROBERTS (eds.)
Challenging Post-conflict Environments. Sustainable Agriculture, Burlington, Ashgate, 2012.
- PARSONS, Rymn James
«The fight to save the planet: U.S. Armed Forces, "greenkeeping" and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, núm. 2 (1998), págs. 441 a 500.
- PAVONI, Riccardo
«Environmental rights, sustainable development, and investor-State case law: a critical appraisal», en P.-M. Dupuy, F. Francioni y E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 525 a 556.
- PAYNE, Cymie R. y Peter H. SAND (eds.)
Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission. Environmental Liability, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PETERSON, Ines
«The natural environment in times of armed conflict: a concern for international war crimes law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, núm. 2 (junio de 2009), págs. 325 a 343.
- PIMIEN TO CHAMORRO, Susana y Edward HAMMOND
Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict: The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements, Washington, Edmonds, 2001.
- PLANT, Glen (ed.)
Environmental Protection and the Law of War: A «Fifth Geneva» Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, Londres, Belhaven, 1992.
- PLANT, Roger
Land Rights and Minorities, Londres, Minority Rights Group, 1994.
- POPOVIĆ, Neil A.F.
«Humanitarian law, protection of the environment, and human rights», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 8, núm. 1 (1995), págs. 67 a 89.
- PRESCOTT, Michael K.
«How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, vol. 7, núm. 1 (segundo trimestre de 1993), págs. 197 a 231.
- QUÉNIVET, Noëlle y Shilan SHAH-DAVIS (eds.)
International Law and Armed Conflict. Challenges in the 21st Century, La Haya, T.M.C. Asser, 2010.

- QUINN, John P., Richard T. EVANS y Michael J. BOOCK
 «United States Navy development of operational-environmental doctrine», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 156 a 170.
- REUVENY, Rafael, Andreea S. MIHALACHEH-O'KEEF y Quan LI
 «The effect of warfare on the environment», *Journal of Peace Research*, vol. 47, núm. 6 (2010), págs. 749 a 761.
- RICH, Andy
 «The environment: adequacy of protection in times of war», *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, núm. 3 (tercer trimestre de 2004), págs. 445 a 457.
- ROBB, Cairo A.R. (ed.)
International Environmental Law Reports, vol. 3, *Human Rights and Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- ROBERTS, Adam
 «The law of war and environmental damage», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 47 a 86.
- ROBINSON, Nicholas A.
 «International law and the destruction of nature in the Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, núms. 5-6 (diciembre de 1991), págs. 216 a 220.
- ROSCINI, Marco
 «Protection of the natural environment in time of armed conflict», en Louise Doswald-Beck, Azizur Rahman Chowdhury y Jahid Hossain Bhuiyan (eds.), *International Humanitarian Law – An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, págs. 155 a 179.
- ROSELLI, Carina
 «Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia», disertación, Vermont Law School, 20 de diciembre de 2012.
- «Bordering on desuetude: are Additional Protocol I's environmental provisions no longer serviceable?», 17 de enero de 2013, archivos de la Relatora Especial.
- ROSS, Marc A.
 «Environmental warfare and the Persian Gulf War: possible remedies to combat intentional destruction of the environment», *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3 (segundo trimestre de 1992), págs. 515 a 539.
- SAALFELD, Michael
 «Umweltschutz in bewaffneten Konflikten aus völkerrechtsgeschichtlicher Sicht», *Humanitäres Völkerrecht*, núm. 1 (1992), págs. 23 a 32.
- SAND, Peter H.
 «Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, núm. 6 (2005), págs. 244 a 249.
- «Environmental dispute settlement and the experience of the UN Compensation Commission», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54 (2011), págs. 151 a 189.
- SANDS, Philippe
 «The Gulf war: environment as a weapon», *Proceedings of the 85th Annual Meeting*, vol. 85, Washington D.C., American Society of International Law, 1991, págs. 214 a 229.
- «Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts», en Alexandre Timoshenko (ed.), *Liability and Compensation for Environmental Damage. Compilation of Documents*, Nairobi, PNUMA, 1998, págs. 1 a 22.
- Principles of International Environmental Law*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHAFER, Bernard K.
 «The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to reevaluate what types of conduct are permissible during hostilities», *California Western International Law Journal*, vol. 19, núm. 2 (1988-1989), págs. 287 a 325.
- SCHIAVO GUARNACCI, Emilia
Conflictos armados y medio ambiente, Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006, inédito.
- SCHIEFER, H. Bruno (ed.)
Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment, Saskatoon, Universidad de Saskatchewan, 1992.
- SCHMITT, Michael N.
 «Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, núm. 1 (primer trimestre de 1997), págs. 1 a 109.
- «War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 87 a 136.
- «Humanitarian law and the environment», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, núm. 3 (tercer trimestre de 2000), págs. 265 a 323.
- SCHWARTZ, Priscilla
 «The polluter-pays principle», en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, págs. 243 a 257.
- SHAMBAUGH, James, Judy OGLETHORPE y Rebecca HAM
The Trampled Grass. Mitigating the impacts of armed conflict on the environment, Washington D.C., Biodiversity Support Program, 2001.
- SHARP, Walter G.
 «The effective deterrence of environmental damage during armed conflict: a case analysis of the Persian Gulf War», *Military Law Review*, vol. 137 (1992), págs. 1 a 66.
- SHELTON, Dinah y Alexandre KISS
International Environmental Law, 3.ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, 2004.
- SINGH, A.P.
 «Protection of environment during armed conflict: is a new frame of laws necessary?», *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, núms. 3 y 4 (2010), págs. 453 a 466.
- SJÖSTEDT, Britta
 «The role of multilateral environmental agreements in armed conflict: "green-keeping" in Virunga Park. Applying the UNESCO World Heritage Convention in the armed conflict of the Democratic Republic of the Congo», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 129 a 153.

- SMITH, Tara
«Creating a framework for the prosecution of environmental crimes in international criminal law», en William A. Schabas, Yvonne McDermott y Niamh Hayes (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law. Critical Perspectives*, Farnham, Ashgate, 2013.
- SPIEKER, Heike
Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt, Bochum, UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1992.
«The conduct of hostilities and the protection of the environment», en Andreas Fischer-Lescano y otros (eds.), *Frieden in Freiheit — Peace in Liberty — Paix en liberté. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Zurich, Dike, 2008, págs. 741 a 768.
- STOCKINS ABASCAL, Christine
Protección del medio ambiente en los conflictos armados, tesis, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- TARASOFSKY, Richard G.
«Legal protection of the environment during international armed conflict», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (diciembre de 1993), págs. 17 a 79.
«Protecting especially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN draft convention on the prohibition of hostile military activities in internationally protected areas», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 567 a 578.
- THIEFFRY, Patrick
Droit de l'environnement de l'Union européenne, 2.^a ed., Bruselas, Bruylant, 2011.
- THOMAS, Carson
«Advancing the legal protection of the environment in relation to armed conflict: Protocol I's threshold of impermissible environmental damage and alternatives», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 83 a 101.
- TICEHURST, Rupert
«The Martens Clause and the laws of armed conflict», *International Review of the Red Cross*, núm. 317 (marzo-abril de 1997), págs. 125 a 134.
- TIGNINO, Mara
«Water, international peace, and security», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (septiembre de 2010), págs. 647 a 674.
L'eau et la guerre: éléments pour un régime juridique, Bruselas, Bruylant, 2011.
- TIR, Jaroslav y Douglas M. STINNETT
«Weathering climate change: can institutions mitigate international water conflict?», *Journal of Peace Research*, vol. 49, núm. 1 (2012), págs. 211 a 225.
- TOLENTINO JR., Amado S.,
«Armed conflict and the environment: legal perspectives», *Philippine Law Journal*, vol. 81, núm. 3 (febrero de 2007), págs. 377 a 389.
«The law of armed conflict vis-à-vis the environment», en Budislav Vukas y Trpimir M. Šošić (eds.), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas*. Liber Amicorum Božidar Bakotić, Martinus Nijhoff, 2010, págs. 595 a 606.
- TROUWBORST, Arie
Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, La Haya, Kluwer, 2002.
- TUCKER, Matthew L.
«Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: an examination of the Israeli naval blockade of 2006», *Naval Law Review*, vol. LVII (2009), págs. 161 a 201.
- TÜRK, Helmut
«The negotiation of a new Geneva-style convention: a government lawyer's perspective», en Glen Plant (ed.), *Environmental Protection and the Law of War: A «Fifth Geneva» Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, Londres, Belhaven, 1992, págs. 96 a 103.
- VAN DER POLL, Letetia y Ashraf BOOLEY
«In our common interest: liability and redress for damage caused to the natural environment during armed conflict», *Law, Democracy and Development*, vol. 15 (2011), págs. 90 a 129.
- VAN DER VYVER, Johan D.
«The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict», *Emory International Law Review*, vol. 23, núm. 1 (2009), págs. 85 a 112.
- VENTURINI, Gabriella
«Disasters and armed conflict», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser, 2012, págs. 251 a 266.
«International disaster response law in relation to other branches of international law», en Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini (eds.), *International Disaster Response Law*, La Haya, T.M.C. Asser, 2012, págs. 45 a 64.
- VERWEY, Wil D.
«Observation on the legal protection of the environment in times of international armed conflict», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 7 (1994), págs. 35 a 52.
«Protection of the environment in times of armed conflict: in search of a new legal perspective», *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, núm. 1 (1995), págs. 7 a 40.
- VIALLE, Anne-Cécile y otros
«Peace through justice? International tribunals and accountability for wartime environmental wrongs», en Carl Bruch, Caroll Muffet y Sandra S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, de próxima aparición.
- VIÑUALES, Jorge E.
«Cartographies imaginaires: Observations sur la portée juridique du concept de «régime spécial» en droit international», *Journal du droit international*, vol. 140, núm. 2 (abril-mayo-junio de 2013), págs. 405 a 425.
- VOIGT, Christina
Sustainable Development as a Principle of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- VÖNEKY, Silija
«A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9, núm. 1 (2000), págs. 20 a 32.
«Peacetime environmental law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 190 a 225.

- Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten*, Berlín, Springer, 2001. Resumen en inglés.
- WALEIJ, Annica y otros
Greening Peace Operations – Policy and Practice, Estocolmo, Agencia de Investigaciones en Defensa, 2011.
- WARNER, Frederick
«The environmental consequences of the Gulf War», *Environment*, vol. 33, núm. 5 (junio de 1991), págs. 7 a 26.
- WARSTA, Matias, ed.
Conference Proceedings of the European Conference of Defence and the Environment, Helsinki, May 2013, Helsinki, Ministerio de Defensa de Finlandia, 2013.
- WESTING, Arthur
Ecological Consequences of the Second Indochina War, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1976.
- Warfare in a Fragile World. Military Impact on the Human Environment*, Londres, Taylor & Francis, 1980.
- «In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War. Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 171 a 181.
- WESTING, Arthur (ed.)
Explosive Remnants of War. Mitigating the Environmental Effects, Londres, Taylor & Francis, 1985.
- Global Resources and International Conflict. Environmental Factors in Strategic Policy and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- WHITTEMORE, Luke A.
«Intervention and post-conflict natural resource governance: lessons from Liberia», *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, núm. 2 (tercer trimestre de 2008), págs. 387 a 433.
- WYATT, Julian
«Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, núm. 879 (septiembre de 2010), págs. 593 a 646.
- ZEMMALI, Ameer
«La protection de l'environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l'action du Comité international de la Croix Rouge», en Najeeb Al-Nauimi y Richard Meese (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 105 a 131.

PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA

[Tema 11 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/667

Primer informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial*

[Original: inglés]
[14 de febrero de 2014]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	262
Obras citadas en el presente informe	264
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1–19 268
A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión	1–7 268
B. Propósito del presente informe	8–9 269
C. Justificación del tema y enfoques básicos	10–19 269
1. Justificación	10–14 269
2. Enfoques	15–19 271
<i>Capítulo</i>	
I. ANTECEDENTES.....	20–63 273
A. Evolución del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera	20–28 273
B. Fuentes.....	29–63 275
1. Práctica de los tratados	30–41 276
2. Jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales	42–50 283
3. Derecho internacional consuetudinario	51–62 286
4. Bibliografía.....	63 290
II. DEFINICIÓN.....	64–70 290
A. Características físicas de la atmósfera	64–68 290
B. Definición de la atmósfera.....	69–70 293
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE DIRECTRICES.....	71–78 294
A. Degradación ambiental antropógena	71–74 294
B. Protección de los entornos naturales y humanos	75 295
C. Causas de la degradación atmosférica	76 295
D. Nexos con otras esferas del derecho internacional.....	77–78 296
IV. CONDICIÓN JURÍDICA DE LA ATMÓSFERA	79–90 297
A. Diferenciación entre espacio aéreo y atmósfera.....	80–83 297
B. Recursos naturales, compartidos o comunes	84–85 298
C. Preocupación común de toda la humanidad	86–90 298
V. CONCLUSIÓN.....	91–92 300

* El Relator Especial desea agradecer, por un lado, la valiosa contribución a la redacción del presente informe de la Sra. Maya Inuzuka, Facultad de Derecho Osgoode Hall de la Universidad de York (Canadá), y del Sr. Masayuki Hiromi, Investigador Asociado, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Waseda (Japón), y, por el otro, la ayuda de la Sra. Nadia Sánchez, doctoranda en la Universidad de Leiden (Países Bajos). Desea asimismo agradecer a sus pasantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York la asistencia que le prestaron durante los períodos de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional: el Sr. Joseph Jerome en 2010; el Sr. Joseph Rome en 2011; la Sra. Annie Hillman en 2012; y el Sr. Michael Lu en 2013.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Declaración (IV, 1) prohibiendo, durante un período de cinco años, el lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos o por otros medios nuevos análogos (La Haya, 29 de julio de 1899)	James Brown Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 220.
Convenio Internacional de Navegación Aérea (París, 13 de octubre de 1919)	Sociedad de las Naciones, <i>Treaty Series</i> , vol. XI, núm. 297, pág. 173. En español, véase España, <i>Gaceta de Madrid</i> , núm. 326, 22 de noviembre de 1934, pág. 1450.
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 15, núm. 102, pág. 295.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Ibíd., vol. 55, núm. 814, pág. 187.
Acuerdo entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la Condición de las Fuerzas (Londres, 19 de junio de 1951)	Ibíd., vol. 199, núm. 2678, pág. 67.
Acuerdo relativo a la Adopción de Requisitos Técnicos Uniformes para los Vehículos con Ruedas, el Equipo y los Repuestos que Puedan Colocarse o Utilizarse en Vehículos con Ruedas y las Condiciones Necesarias para el Reconocimiento Recíproco de la Homologación Basada en estos Requisitos (Ginebra, 20 de marzo de 1958)	Ibíd., vols. 335, 516, 609, 1059 y 1891, núm. 4789. Véase también CEPE, TRANS/WP.29/409.
Convención sobre la Plataforma Continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, núm. 7302, pág. 115.
Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963)	Ibíd., vol. 480, núm. 6964, pág. 43.
Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (Moscú, Londres y Washington D. C., 27 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 610, núm. 8843, pág. 205.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 17 de febrero de 1976)	Ibíd., vol. 996, núm. 14583, pág. 245.
Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.
Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibíd., vol. 1341, núm. 22484, pág. 3.
Protocolo de 1997 que enmienda el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 26 de septiembre de 1997)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico 1997</i> , ST/LEG/SER.C/35, pág. 329.
Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Ibíd., vol. 1302, núm. 21623, pág. 217. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 59, 10 de marzo de 1983.
Protocolo relativo a la Financiación a Largo Plazo del Programa Concertado de Seguimiento Continuo y Evaluación del transporte a Gran Distancia de los Contaminantes Atmosféricos en Europa (EMEP) (Ginebra, 28 de septiembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1491, núm. 25638, pág. 167. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 42, 18 de febrero de 1988.
Protocolo sobre Reducción de las Emisiones de Azufre o de sus Flujos Transfronterizos en un 30% como Mínimo (Helsinki, 8 de julio de 1985)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1480, núm. 25247, pág. 215.
Protocolo relativo a la Lucha contra las Emisiones de Óxido de Nitrógeno o sus Flujos Transfronterizos (Sofía, 31 de octubre de 1988)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1593, núm. 27874, pág. 287. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 62, 13 de marzo de 1991.

Fuente

- Protocolo relativo a la Lucha contra las Emisiones de Compuestos Orgánicos Volátiles o sus Flujos Transfronterizos (Ginebra, 18 de noviembre de 1991) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2001, núm. 34322, pág. 187. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 225, 19 de septiembre de 1997.
- Protocolo relativo a Reducciones Adicionales de las Emisiones de Azufre (Oslo, 14 de junio de 1994) *Ibíd.*, vol. 2030, núm. 21623, pág. 122. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 150, 24 de junio de 1998.
- Protocolo en Materia de Metales Pesados (Aarhus, 24 de junio de 1998) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 21623, pág. 3. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 268, 7 de noviembre de 2011.
- Protocolo sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia Provocada por Contaminantes Orgánicos Persistentes (Aarhus, 24 de junio de 1998) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2230, núm. 21623, pág. 79. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, 4 de abril de 2011.
- Protocolo relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera (Gotemburgo, 30 de noviembre de 1999) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2319, núm. 21623, pág. 80. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 87, 12 de abril de 2005.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 371.
- Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985) *Ibíd.*, vol. 1513, núm. 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, núm. 26369, pág. 65.
- Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991) *Ibíd.*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309. En español, véase *Repertorio Cronológico de Legislación 1997*, Pamplona, Aranzadi, marginal 1562.
- Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269. En español, véase España, *Boletín Oficial*, núm. 81, 4 de abril de 2000.
- Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2105, núm. 36605, pág. 457. En español, España, *Boletín Oficial del Estado* núm. 61-2000, 11 de marzo de 2000.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.
- Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997) *Ibíd.*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162.
- 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, núm. 33480, pág. 3.
- Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (Nueva York, 10 de septiembre de 1996) A/50/1027, anexo.
- 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) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 49*, vol. III, resolución 51/229, anexo.
- Acuerdo sobre el Establecimiento de Reglamentos Técnicos Mundiales Aplicables a los Vehículos de Ruedas y a los Equipos y Piezas que Puedan Montarse o Utilizarse en Dichos Vehículos (Ginebra, 25 de junio de 1998) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2119, núm. 36868, pág. 129. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 129, 30 de mayo de 2002, pág. 19197.

Fuente

Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 2256, núm. 40214, pág. 119.
Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) en Materia de Contaminación Transfronteriza Derivada de la Calina (Kuala Lumpur, 10 de junio de 2002)	PNUMA, <i>Selected Texts of Legal Instruments in International Environmental Law</i> , Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2005, pág. 604.
Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños Derivados de los Efectos Transfronterizos de los Accidentes en Aguas Transfronterizas, complementario del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales, de 1992, y de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 1992 (Kiev, 21 de mayo de 2003)	ECE/MP.WAT/11-ECE/CP/TEIA/9.
Convenio Marco para la Protección del Medio Ambiente para el Desarrollo Sostenible en Asia Central (Ashgabat, 22 de noviembre de 2006)	TRE-143806.
Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto, 10 de octubre de 2013)	<i>Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Texto y Anexos</i> , PNUMA, 2013.

Obras citadas en el presente informe

- AHRENS, C. Donald
Essentials of Meteorology. An Invitation to the Atmosphere, 6.ª ed., Belmont (California), Brooks/Cole, 2012.
- ALLABY, Michael
Dictionary of the Environment, 3.ª ed., Nueva York, New York University Press, 1989.
- ANTON, Donald K.
 «“Treaty congestion” in contemporary international environmental law», en Shawkat Alam y otros (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Londres, Routledge, 2013, págs. 651 a 665.
- ATTARD, David
 «The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues», Nairobi, PNUM, 1991.
- BAE, Jon
 «Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1 (2013), págs. 65 a 81.
- BAGADER, Abubakr Ahmed y otros
Environmental Protection in Islam, 2.ª ed., Gland, IUCN, 1994.
- BARTELS, Lorand
 «The WTO legality of the Application of the EU’s emissions trading system to aviation», *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2 (2012), págs. 429 a 467.
- BEVANS, Charles I. (ed.)
Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949, vol. 12. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1974.
- BIERMANN, Frank
 «“Common concern of humankind”: the emergence of a new concept of international environmental law», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34 (1996), págs. 426 a 481.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE y Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOYLE, Alan E.
 «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», en Robin Churchill y David Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham & Trotman, 1991, págs. 7 a 19.
- BOYLE, Alan y Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BROWN WEISS, Edith
 «International responses to weather modification», *International Organization*, vol. 29, núm. 3 (tercer trimestre de 1975), pág. 805 a 826.
- «International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, vol. 81, núm. 3 (marzo de 1993), págs. 675 a 710.
- «Opening the door to the environment and to future generations», en Laurence Boisson de Chazournes y Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 338 a 353.
- BRUCE, Jim
 «Law of the air: a conceptual outline», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), pág. 5.
- BRUNNÉE, Jutta
 «Common areas, common heritage, and common concern», en Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, págs. 550 a 573.
- BRUNNÉE, Jutta y Stephen J. TOOPE
 «Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building», *AJIL*, vol. 91 (1997), págs. 26 a 59.
- BUHI, Jason y Lin FENG
 «The International Joint Commission’s role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future», *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11 (2009), págs. 107 a 143.
- CHENG, Bin
The Law of International Air Transport, Londres, Stevens and Sons, 1962.

- «Air law», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North Holland, 2000, págs. 66 a 72.
- DAVIES, Peter y Jeffrey GOH
«Air transport and the environment: regulating aircraft noise», *Air and Space Law*, vol. 18, núm. 3 (1993), págs. 123 a 135.
- DAVIS, Ray Jay
«Atmospheric water resources development and international law», *Natural Resources Journal*, vol. 31 (1991), págs. 11 a 44.
- DOLZER, Rudolf
«Atmosphere, protection», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North Holland, 1992, págs. 289 a 295.
- DUPUY, Pierre-Marie
La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle, París, Pedone, 1976.
- FABER, Jasper y Linda BRINKE
The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System. An Economic and Environmental Assessment, Ginebra, Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible, 2011.
- FAUCHILLE, Paul
«Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats», *RGDIP*, t. VIII (1901), págs. 414 a 485.
- FITZMAURICE, Malgosia
«The *Gabčíkovo-Nagymaros* case: the law of treaties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, núm. 2 (1998), págs. 321 a 344.
- FRANCK, Thomas M.
«Word made law: the Decision of the ICJ in the *Nuclear Tests* cases», *AJIL*, vol. 69 (1975), págs. 612 a 620.
- GOLDIE, L. F. E.
«Liability for damage and the progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), págs. 1189 a 1265.
«A General View of International Environmental Law. A Survey of Capabilities, Trends and Limits», en Alexandre-Charles Kiss (ed.), *The Protection of the Environment and International Law*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Leiden, Sitjhoff, 1975, págs. 25 a 143.
- GRENNFELT, Peringe y otros (eds.)
Saltjöbaden V – Taking international air pollution policies into the future, Gothenburg, 24-26 June 2013, Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2013.
- GROCIO, Hugo
De la libertad de los mares, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- GUINCHARD, Michel
«La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)», *AFDI*, vol. 3 (1957), págs. 668 a 677.
- HANDL, Günther
«Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1975), págs. 156 a 194.
- HEERE, Wybo P.
«Problems of jurisdiction in air and outer space», en Terry D. Gill y Wybo P. Heere (eds.), *Reflections on Principles and Practice of International Law. Essays in Honour of Leo J. Bouchez*, Boston, Martinus Nijhoff, 2000, págs. 65 a 81.
- HÖBE, Stephan
«Airspace», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 263 a 267.
- HOGAN, John C.
«Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere», *AJIL*, vol. 51 (1957), págs. 362 a 375.
- HUNTER, David, James SALZMAN y Durwood ZAELKE
International Environmental Law and Policy, 3.ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2007.
- JANS, Jan H. y Hans B. VEDDER
European Environmental Law. After Lisbon, 4.ª ed., Groningen, Europa Law Publishing, 2012.
- JENKS, C. Wilfred
«Liability for ultra-hazardous activities in international law», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye 1966*, t. 117, págs. 99 a 200.
- JONES, Gareth y otros
Collins Dictionary of Environmental Science, Glasgow, Harper Collins, 1990.
- JUSTINIANO
Instituciones, edición bilingüe, 2.ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2005.
- KISS, Alexandre y Dinah SHELTON
International Environmental Law, 3.ª ed., Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2004.
- KISS, Alexandre-Charles y Claude LAMBRECHTS
«Les dommages causés au sol par les vols supersoniques», *AFDI*, vol. 16 (1970), págs. 769 a 781.
- KNOX, John H.
«Climate change and human rights law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1 (cuarto trimestre de 2009), págs. 163 a 218.
- KOKOTT, Juliane
«Equity in international law», en Ferenc L. Tóth (ed.), *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, Londres, Earthscan, 1999, págs. 173 a 192.
- KOSKENNIEMI, Martti
«International law and hegemony: a reconfiguration», *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, núm. 2 (julio de 2004), págs. 197 a 218.
The Politics of International Law, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte
«Atmosphere, international protection», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North Holland, 1992, págs. 737 a 744.
- KUHN, Arthur K.
«The *Trail Smelter* arbitration, United States and Canada», *AJIL*, vol. 32 (1938), págs. 785 a 788; y *AJIL*, vol. 35 (1941), págs. 665 y 666.
- LEFEBER, René
«The *Gabčíkovo-Nagymaros* Project and the law of state responsibility», *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, núm. 3 (1998), págs. 609 a 623.
- LEGGETT, Jane, Bart ELIAS y Daniel T. SHEDD
Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme, Washington, D.C., Congressional Research Service, 2012.
- LELLOUCHE, Pierre
«The International Court of Justice. The *Nuclear Tests* cases: judicial silence v. atomic blasts», *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), págs. 614 a 637.

- LIDSKOG, Rolf y Göran SUNDQVIST (eds.)
Governing the Air. The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2011.
- MACDONALD, R. St. J. y Barbara HOUGH
 «The *Nuclear Tests* case revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 337 a 357.
- MCDUGAL, Myers S., Harold D. LASSWELL e Ivan A. VLASIC
Law and Public Order in Space, New Haven, Yale University Press, 1963.
- MADDERS, Kevin J.
 «Trail Smelter arbitration», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North Holland, 2000, págs. 900 a 903.
- MATEESCO MATTE, Nicolas
Traité de Droit Aérien-Aéronautique (Évolution – Problèmes spatiaux), 2.ª ed., París, Pedone, 1964.
- «Space law», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North Holland, 2000, págs. 552 a 557.
- 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, núm. 4 (marzo de 2013), págs. 75 a 94.
- MCWHINNEY, Edward
 «International law-making and the judicial process: the World Court and the French *Nuclear Tests* case», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), págs. 9 a 46.
- MOMTAZ, Djamchid
 «The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice», en Laurence Boisson de Chazournes y Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 354 a 374.
- MOORE, John Bassett
 «Fur seal arbitration», *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, Washington, Government Printing Office, 1898, págs. 755 a 961.
- MURASE, Shinya
 «Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues», en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye 1995*, t. 253, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, págs. 283 a 432.
- «Unilateral measures and the WTO dispute settlement», en Simon S. C. Tay y Daniel C. Esty (eds.), *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, Singapur, Times Academic Press, 1996, págs. 137 a 144.
- «Conflict of international regimes: trade and the environment», en Kalliopi Koufa (ed.) *Protection of the Environment for the New Millennium*, Atenas, Sakkoulas, 2002.
- Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron* (Legiferación internacional: fuentes del derecho internacional), Tokyo, Toshindo, 2002 [en japonés]. En chino, véase la traducción de Yihe Qin, Beijing, Public Security University Press, 2012.
- International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011.
- «Protection of the Atmosphere and International Law: Rationale for Codification and Progressive Development», *Sophia Law Review*, vol. 55 (2012), págs. 1 a 58.
- MURASE, Shinya y otros
 «Compliance with international standards: environmental case studies», en *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1995, págs. 206 a 224.
- NORDBERG, Lars (ed.)
Air Pollution. Promoting Regional Cooperation, Nairobi, PNUMA, 2010.
- NORDQUIST, Myron H. (ed.)
United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary, vol. IV, Dordrecht, Nijhoff, 1991.
- ODA, Shigeru
 «The Hydrogen Bomb Tests and International Law», *Die Friedens-Warte*, vol. 53, núm. 2 (1956), págs. 126 a 135.
- OSAKA, Eri
 «Re-evaluation of the role of the tort liability system in Japan», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26 (2009), págs. 393 a 426.
- PERERA, Amrith Rohan
 «Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)», en Miah Pogačnik (ed.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations. Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*, Nova Gorica, The European Faculty of Law, 2011, págs. 313 a 325.
- RAMCHARAN, B. G.
The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1977.
- RAUSCHNING, Dietrich
 «Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report», *Report of the Sixty-Second Conference held at Seoul*, Londres, Asociación de Derecho Internacional, 1986, págs. 198 a 223.
- READ, John E.
 «The *Trail Smelter* dispute», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), págs. 213 a 229.
- REST, Alfred
 «Tschernobyl und die Internationale Haftung», *Versicherungsrecht*, vol. 37 (julio de 1986), págs. 609 a 620.
- «International environmental law in German courts», *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), págs. 412 a 422.
- ROBB, Cairo A. R. (ed.)
International Environmental Law Reports, vol. 1, *Early Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- ROCH, Philippe y Franz Xaver PERREZ
 «International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16, núm. 1 (2005), págs. 1 a 25.
- ROSLYCKY, Lada L.
 «Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 16 (2003), págs. 19 a 40.
- ROWLANDS, Ian H.
 «Atmosphere and outer space», en Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, págs. 315 a 336.
- RUBIN, Alfred P.
 «Pollution by analogy: the *Trail Smelter* arbitration», *Oregon Law Review*, vol. 50 (1970-1971), págs. 259 a 282.

- SAND, Peter H.
«Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung», *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, vol. 20 (1971), págs. 109 a 133.
Lessons Learned in Global Environmental Governance, Washington, D.C., World Resources Institute, 1990.
«Regional approaches to transboundary air pollution», en John L. Helm (ed.), *Energy Production, Consumption, and Consequences*, Washington, D.C., National Academy Press, 1990, págs. 246 a 264.
«UNCED and the Development of International Environmental Law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 3 a 17.
«Shared responsibility for transboundary air pollution», en André Nollkaemper (ed.), *The Practice of Shared Responsibility*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, de próxima aparición.
- SAND, Peter H., Geoffrey N. PRATT y James T. LYON
An Historical Survey of the Law of Flight, Montreal, McGill University, 1961.
- SANDS, Phillippe
Transnational Environmental Law. Lessons in Global Change, La Haya, Kluwer, 1999.
Principles of International Environmental Law, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Phillippe (ed.)
Chernobyl: Law and Communication — Transboundary Nuclear Air Pollution — The Legal Materials, Cambridge, Grotius Publications, 1988.
- SANDS, Phillippe y otros
Principles of International Environmental Law, 3.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHULZE, Teresa, Hanna WANG-HELMREICH y Wolfgang STERK
Human Rights in a Changing Climate. Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water, Heidelberg, FIAN International, 2011.
- SELDEN, John
Of the Dominion, Or, Ownership of the Sea, Lawbook Exchange, 2004.
- SHELTON, Dinah
«Equity», en Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, págs. 637 a 662.
- SLIGGERS, Johan y Willem KAKEBEEKE (eds.)
Clearing the Air: 25 Years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.04.II.E.20), Nueva York y Ginebra, 2004.
- SOHN, Louis B.
«The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515.
- SOMMER, Jerzy
«Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States», en Cees Flinterman, Barbara Kwiatkowska y Johan G. Lammers (eds.), *Transboundary Air Pollution. International Legal Aspects of the Co-operation of States*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 205 a 233.
- SOROOS, Martin S.
The Endangered Atmosphere. Preserving a Global Commons, Columbia, University of South Carolina Press, 1997.
- SUR, Serge
«Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.», RGDIP, t. 80 (octubre-diciembre de 1975), págs. 972 a 1027.
- TAKAHASHI, Wakana
«Formation of an East Asian regime for acid rain control: the prospective of comparative regionalism», *International Review for Environmental Strategy*, vol. 1, núm.1 (2000), págs. 97 a 117.
- TAN, Alan Khee-Jin
«The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 13, núm. 3 (2005), págs. 647 a 722.
- TARBUCK, Edward J., Frederick K. LUTGENS y Dennis TASA
Earth Science, 13.^a ed., Upper Saddle River (Nueva Jersey), Pearson, 2011.
- TAUBENFELD, Howard J.
«International environmental law: air and outer space», en Ludwik A. Teclaff y Albert E. Utton (eds.), *International Environmental Law*, Nueva York, Praeger, 1974, págs. 187 a 198.
- THIERRY, Hubert
«Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice», AFDI, vol. XX (1974), págs. 286 a 298.
- THOMPSON, Graham R. y Jonathan TURK
Earth Science and the Environment, 4.^a ed., Belmont (California), Brooks/Cole, 2009.
- TOMAS, Lisa
«Air law», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 233 a 242.
- VAN BOGAERT, E. R. C.
Aspects of Space Law, Deventer, Kluwer, 1986.
- VON CIRIACY-WANTRUP, Siegfried
Conservación de los recursos: economía y política, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- WALLACE, John M. y Peter V. HOBBS
Atmospheric Science. An Introductory Survey, 2.^a ed., Boston, Elsevier, 2006.
- WEILL, Prosper
«L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?», 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. 121 a 144.
- WEISS, Wolfgang
«The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: Experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident», *CTBTO Spectrum*, vol. 17 (2011), págs. 27 a 29.
- XUE, Hanqin,
Transboundary Damage in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- WHITEMAN, Marjorie M.
Digest of International Law, vol. 4, Washington, D.C., US Government Printing Office, 1965.
- YOSHIDA, O.
The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development, La Haya, Kluwer, 2001.

Introducción

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

1. En su 63.º período de sesiones, en 2011, la Comisión de Derecho Internacional aprobó la inclusión del tema «Protección de la atmósfera» en su programa de trabajo a largo plazo¹. En un anexo del informe que la Comisión presentó a la Asamblea General, en su sexagésimo sexto período de sesiones, figura una sinopsis del tema; dicho anexo contiene un breve esbozo del tema y una bibliografía sumaria².

2. En su sexagésimo sexto período de sesiones, la Asamblea General, en su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones, entre otras cosas, tomó nota de la inclusión por la Comisión del tema titulado «Protección de la atmósfera» en su programa de trabajo a largo plazo (párr. 7).

3. Durante el examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional en la Sexta Comisión, varios Estados acogieron con beneplácito la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión. Esos Estados expresaron gran interés en el tema³. Algunos expresaron asimismo su deseo de que la Comisión le diera prioridad⁴. Se manifestó, además, la opinión de que «[e]l tema de la protección de la atmósfera aborda[ba] una creciente inquietud mundial» y de que «[sería] conveniente que la Comisión [hiciera] lo posible para examinar las normas con arreglo a las convenciones existentes y elabor[ara] un nuevo régimen jurídico»⁵. Otra delegación expresó una opinión concurrente y llegó a decir que «[e]l estado de deterioro de la atmósfera hac[ía] que su protección [fuera] una preocupación acuciante»⁶. Se esperaba que la Sexta Comisión diera un fuerte respaldo al tema que la Comisión de Derecho Internacional iba a examinar. Se encomió el interés de la Comisión de Derecho Internacional en nuevos ámbitos del derecho internacional, y un Estado dijo que la Comisión de Derecho Internacional estaba entrando ahora en algunas esferas del derecho internacional que nunca antes había abordado, por ejemplo, el medio ambiente, el derecho humanitario y el derecho de las inversiones, y que la política que reflejaba el desarrollo actual del derecho internacional y los intereses de la comunidad internacional prometía resultados muy útiles⁷. Se observó que la protección de la atmósfera era un tema que merecía especial atención, pues hacía referencia «a

aspectos fundamentales de la protección ambiental», una esfera en la que, si bien existían numerosos instrumentos internacionales y estaba recibiendo gran atención por parte de los académicos, existía «la necesidad de un mayor estudio y sistematización a fin de responder a las preocupaciones crecientes de la comunidad internacional»⁸. Algunos Estados, sin embargo, expresaron preocupación en cuanto a la viabilidad del tema, debido a sus aspectos altamente técnicos⁹. En cuanto a la codificación y el desarrollo progresivo, se dijo que se confiaba en que su «carácter altamente técnico no [hiciera] que la labor al respecto [fuera] fútil»¹⁰. Se opinó asimismo que «como la estructura actual del derecho en esa esfera se basa[ba] en tratados y [era] precisa y relativamente eficaz, y en vista de las negociaciones en curso para hacer frente a circunstancias dinámicas y complejas, sería preferible no intentar codificar normas en esa esfera en este momento»¹¹. El Relator Especial considera muy importantes esas críticas y ha tratado de atender a esas preocupaciones en el presente informe. Abriga la sincera esperanza de que los Estados Miembros estén convencidos de que la protección de la atmósfera es un tema importante y apropiado para su examen por la Comisión.

4. En su 65.º período de sesiones, en 2013, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Shinya Murase¹².

5. La Comisión incluyó el tema en el entendimiento de que:

a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de «quien contamina, paga», el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual;

b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de «llenar» lagunas en los regímenes convencionales;

c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formen parte del tema;

⁸ Italia, *ibíd.*, 26.ª sesión (A/C.6/66/SR.26, párr. 43). Eslovenia también señaló que el tema era de especial importancia (20.ª sesión (A/C.6/66/SR.20), párr. 20).

⁹ Se observó que el tema parecía altamente técnico y que muchos de sus aspectos quedaban fuera de las esferas de competencia de la Comisión (Francia, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/66/SR.20), párr. 48). Una preocupación similar fue expresada por los Países Bajos, que señalaron que «[l]a protección de la atmósfera parec[ía] más idónea para un debate entre especialistas» (28.ª sesión (A/C.6/66/SR.28), párr. 64).

¹⁰ República Islámica del Irán, *ibíd.*, 27.ª sesión (A/C.6/66/SR.27), párr. 52.

¹¹ Estados Unidos, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/66/SR.20), párr. 15). Observaciones similares se hicieron en 2012: Estados Unidos, *ibíd.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/67/SR.19), párr. 118; Países Bajos, *ibíd.*, párr. 31; Francia, *ibíd.*, párr. 91; Reino Unido, *ibíd.*, párr. 68; China, *ibíd.*, párr. 52, y Federación de Rusia, 22.ª sesión (A/C.6/67/SR.22), párr. 103.

¹² *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168.

¹ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 32.

² *Ibíd.*, anexo II.

³ Por ejemplo, Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/66/SR.18), párr. 30; Canadá, 19.ª sesión (A/C.6/66/SR.19), párr. 46; China, *ibíd.*, párr. 15; Nigeria, 20.ª sesión (A/C.6/66/SR.20), párr. 85; Polonia, *ibíd.*, párr. 64; Eslovenia, *ibíd.*, párr. 9; España, 27.ª sesión (A/C.6/66/SR.27), párr. 37; Sri Lanka, *ibíd.*, párr. 29, y Argelia, 28.ª sesión (A/C.6/66/SR.28), párr. 50.

⁴ Dinamarca, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/66/SR.18), párr. 31, y Polonia, 20.ª sesión (A/C.6/66/SR.20), párr. 64.

⁵ Austria, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/66/SR.19), párr. 4.

⁶ Japón, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/66/SR.18), párr. 63.

⁷ República Checa.

d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.

Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento¹³.

6. Durante el examen en la Sexta Comisión del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones, en 2013, varios Estados acogieron con beneplácito la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión¹⁴, en tanto algunos Estados reiteraron las preocupaciones que habían expresado en años anteriores¹⁵.

7. El Relator Especial ha decidido establecer contactos con los representantes de las organizaciones intergubernamentales e internacionales interesadas, incluido el PNUMA, la Organización Meteorológica Mundial y la Comisión Económica para Europa¹⁶.

¹³ *Ibid.* Cabe señalar que el entendimiento solo se refiere a las «negociaciones políticas relevantes» y a «sustancias [...] que sean objeto de negociaciones entre los Estados»; por lo tanto, no se excluye el examen de temas que no sean parte del programa de negociaciones de tratados en curso, a pesar de que el Relator Especial no tuvo, desde un principio, intención de interferir en los procesos políticos o referirse a sustancias específicas. Que «[s]in perjuicio de las cuestiones que se mencionan [*supra*], en el proyecto no se abordarán [ciertos] aspectos» no impide que el Relator Especial se refiera a ellas en el presente estudio. El proyecto no tiene por objeto llenar lagunas en los regímenes convencionales, pero ciertamente determinará la existencia de dichas lagunas. Además, cabe señalar que en el entendimiento no se señala ninguna restricción en cuanto a examinar cuestiones de derecho internacional consuetudinario en relación con el tema teniendo en cuenta la práctica convencional, sea como práctica de los Estados o como *opinio juris*.

¹⁴ Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 73; Singapur, *ibid.*, párr. 78; Portugal, *ibid.*, párr. 86; Perú, 18.ª sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 27; República Checa, *ibid.*, párr. 102; Rumania, *ibid.*, párr. 116, e Indonesia, 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 69, así como Cuba (en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), India, Italia, Eslovenia, España, Malasia y Tailandia. Austria sugirió una «redefinición» del entendimiento y afirmó que «también ser[ía] inevitable examinar en este contexto algunas de las cuestiones que actualmente [estaban] excluidas del mandato, como la responsabilidad o el principio de precaución» (17.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 73). El Japón declaró que la «protección del medio ambiente atmosférico requ[ería] una acción coordinada de la comunidad internacional» y expresó su esperanza de que «el tema se examinar[a] en la Comisión de una manera constructiva» (*ibid.*, párr. 81).

¹⁵ Estados Unidos, *ibid.*, 19.ª sesión (A/C.6/68/SR.17), párr. 50; Federación de Rusia, *ibid.*, párr. 55; China, *ibid.*, párr. 60; Reino Unido y Francia. Francia señaló que los límites impuestos al alcance de los trabajos parecían ser «precauciones sensatas» (*ibid.*, párr. 106).

¹⁶ Para información del Relator Especial, la División de Derecho Ambiental y Convenios sobre el Medio Ambiente del PNUMA organizó un seminario de dos días en su sede, en Nairobi, los días 17 y 18 de enero de 2011, sobre el tema «Protección de la atmósfera». El Relator Especial desea expresar su profundo agradecimiento al Sr. Masaharu Nagai, Director Adjunto interino de la División, por la organización del seminario. Un seminario similar sobre el tema se organizó en la Casa internacional del medio ambiente, en Ginebra, el 15 de julio de 2011, que contó con la participación de expertos de organizaciones ambientales internacionales con sede en Ginebra, como la Oficina Regional del PNUMA para Europa, la OMM y la CEPE. El Relator Especial desea manifestar su agradecimiento a la organizadora del seminario, Sra. Barbara Ruis, de la Oficina Regional del PNUMA para Europa. Por último, se celebró un seminario sobre el tema en Nueva York, el 26 de octubre de 2011, en la Misión Permanente del Japón ante las Naciones Unidas, organizado conjuntamente por el PNUMA y el Gobierno del Japón. El Relator Especial desea expresar su profundo agradecimiento al Sr. Tsuneo Nishida por acoger la reunión y al Sr. Chusei Yamada (antiguo miembro de la Comisión) por actuar como moderador, así como a las siguientes personas por sus contribuciones

B. Propósito del presente informe

8. El propósito del presente informe es examinar el objetivo general del proyecto a fin de determinar la justificación de los trabajos relacionados con la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema y abordar el ámbito general del tema, con el fin de circunscribirlo de manera adecuada. El informe no es, sin embargo, solo un estudio exploratorio. Se tratará de identificar los conceptos básicos, perspectivas y enfoques que deban adoptarse en relación con el tema. El propósito del informe es exponer las cuestiones que la Comisión debe examinar desde un principio con respecto a la protección de la atmósfera y los correspondientes problemas jurídicos que se dimanan de dichas cuestiones y, al propio tiempo, echar las bases para un entendimiento común de los conceptos básicos, los objetivos y el ámbito del proyecto. Se espera que el informe estimule el debate en el seno de la Comisión, a fin de que se pueda impartir al Relator Especial la orientación necesaria en cuanto al enfoque que se ha de aplicar y la meta que se quiera alcanzar.

9. En el presente informe se describen, en primer lugar, la justificación del tema y los enfoques básicos. Seguidamente se expone la evolución histórica de la protección de la atmósfera en el derecho internacional. Se hace referencia a las fuentes pertinentes en relación con la codificación y el desarrollo progresivo del derecho sobre el tema y se suministra información pertinente sobre las características físicas de la atmósfera, que servirá de base para definir la atmósfera en términos jurídicos. También se presenta un esbozo general de los diversos elementos que componen el ámbito general del proyecto, con miras a determinar las principales cuestiones jurídicas que se han de examinar. Por último, se analiza la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera como requisito previo para el examen del tema por la Comisión. El Relator Especial expondrá las conclusiones provisionales sobre esas cuestiones preliminares en la forma de proyectos de directrices.

C. Justificación del tema y enfoques básicos

1. JUSTIFICACIÓN

10. Si bien el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹⁷, y el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos¹⁸, contienen algunas normas que son pertinentes a la protección del medio ambiente, la Comisión no se había ocupado de ningún tema relacionado con el derecho ambiental internacional desde que concluyó sus trabajos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, a saber, la prevención del daño transfronterizo resultante de

como ponentes: el Sr. Donald McRae (Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa y miembro de la Comisión); el Sr. Richard Stewart (Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York); y el Sr. Masaharu Nagai (PNUMA).

¹⁷ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 222. El proyecto de artículos resultó en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación.

¹⁸ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 53.

actividades peligrosas¹⁹ y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas²⁰. Esta parecía ser una omisión importante en momentos en que el mundo estaba atravesando una situación de grave deterioro ambiental²¹.

11. Se recordará que la Comisión había resuelto en 1997 y 1998 que, al escoger un nuevo tema, se guiaría por los criterios siguientes en particular: que el tema debía reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; que debía encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y que debía ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación²². Cabe destacar que la Comisión convino también en que no debía limitarse a los «temas tradicionales», sino que podría examinar también temas que reflejaran «las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las cuestiones de mayor interés para la comunidad internacional en su conjunto»²³. El tema de la protección de la atmósfera a todas luces reúne esas condiciones. En primer lugar, el estado de deterioro de la atmósfera ha hecho que su protección sea una preocupación acuciante para la comunidad internacional contemporánea. En segundo lugar, hay prueba abundante de la práctica de los Estados, incluidos precedentes judiciales, tratados y otros documentos normativos. En tercer lugar, se trata esencialmente de una cuestión jurídica y no de una cuestión política. Por esas razones, la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión aprobaron el examen del tema propuesto.

¹⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 155, párr. 94.

²⁰ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 64, párr. 66.

²¹ Por consiguiente, se acogió con beneplácito que la Comisión decidiera en 2013 aprobar dos temas relacionados con el medio ambiente: «Protección de la atmósfera» y «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» (tema este último para el cual nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson). Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 167.

²² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte) pág. 72, párr. 238, y *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 120, párr. 553. En igual sentido, se han sugerido tres criterios para la selección de temas: la preocupación concreta, a saber, si existe alguna necesidad apremiante para el tema en la comunidad internacional en su conjunto; la viabilidad técnica, a saber, si el tema está suficiente «maduro» a la luz de la práctica de los Estados y la bibliografía pertinentes; y la viabilidad política, a saber, si el examen del tema propuesto presumiblemente será acogido con un amplio apoyo por parte de los Estados. Véanse Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, págs. 60 a 63; y Murase, *Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron*, págs. 217 a 221.

²³ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 238. El Sr. Rohan Perera, miembro de la Comisión durante el quinquenio 2006-2011, observó que «en el curso del tiempo, el derecho internacional de la coexistencia pasó a ser el derecho internacional de la cooperación, de carácter positivo, para atender las necesidades y aspiraciones de la nueva comunidad mundial y los desafíos concomitantes» y, «[e]n último análisis, la capacidad de la Comisión para examinar eficazmente estas cuestiones complejas y difíciles en la formulación de un nuevo marco jurídico para las relaciones internacionales contemporáneas [...] asegurará la continua pertinencia y el papel central de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)» («Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)», págs. 315 y 325).

12. Como se indica en los párrafos 84 y 85 *infra*, la atmósfera (masa de aire) es el mayor recurso natural del planeta, y es indispensable para la supervivencia de la humanidad. El deterioro de las condiciones de la atmósfera ha sido motivo de grave preocupación para la comunidad internacional desde hace tiempo²⁴. Si bien se han concertado algunas convenciones pertinentes relativas a las cuestiones atmosféricas transnacionales y mundiales, esas convenciones siguen siendo un mosaico de instrumentos. Se echan de ver lagunas considerables en términos del ámbito geográfico, las actividades reglamentadas, las sustancias controladas y, lo que es más importante, los principios y normas aplicables. Este enfoque fragmentario o gradual adolece de limitaciones en lo referente a la protección de la atmósfera que, por su misma naturaleza, justifica un trato integral. En la actualidad no hay un marco jurídico que abarque toda la variedad de problemas ambientales atmosféricos de manera completa y sistemática. La Comisión puede, pues, aportar una importante contribución mediante la determinación de los principios y normas jurídicos aplicables a toda la gama de problemas atmosféricos, sobre la base de la práctica y la jurisprudencia de los Estados.

13. La meta que ha de alcanzar el proyecto propuesto de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional exhibe cuatro aspectos. En primer lugar, el proyecto tiene como objetivo determinar el estado del derecho internacional consuetudinario, establecido o emergente, mediante el examen de las lagunas y duplicaciones, en su caso, en el derecho vigente relativo a la atmósfera. En segundo lugar, su objetivo es formular directrices adecuadas para la armonización y la coordinación con otros regímenes convencionales dentro y fuera del derecho internacional del medio ambiente. La cuestión del comercio y el medio ambiente planteará un problema en esta esfera²⁵. En tercer lugar, el proyecto de directrices propuesto contribuirá a elucidar un marco para armonizar las leyes y reglamentos nacionales con las reglas, las normas y prácticas y los procedimientos internacionales recomendados relativos a la protección de la atmósfera. En cuarto lugar, el proyecto tiene por objeto establecer directrices sobre los mecanismos y procedimientos para la cooperación entre los Estados, a fin de facilitar la creación de capacidad en materia de protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Es menester insistir en que el propósito del proyecto no es configurar matrices de «culpa y vergüenza» para posibles contaminadores, sino, por el contrario y en primer lugar, explorar los mecanismos de cooperación internacional que se podrían emplear para resolver problemas de interés común.

²⁴ Véase, por ejemplo, Kiss y Shelton, *International Environmental Law*, págs. 555 a 592. Véanse también Sands, *Principles of International Environmental Law*, págs. 317 a 390; y Sands y otros, *Principles of International Environmental Law*, págs. 238 a 298; Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, págs. 335 a 378; Hunter, Salzman y Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, págs. 538 a 733; y Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, págs. 200 a 203.

²⁵ Véase Murase, «Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues»; véanse también, del mismo autor, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 1 a 127, y «Conflict of international regimes: trade and the environment».

14. Por último, a modo de recordatorio, cabe mencionar que el proyecto no duplica trabajos anteriores de la Comisión. La Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo en 2001 y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en 2006. Ambos proyectos contienen importantes disposiciones, que podrían resultar aplicables al daño atmosférico. No obstante, su ámbito de aplicación es, a la vez, demasiado extenso (ya que su objetivo es abarcar todos los tipos de daños al medio ambiente) y excesivamente restringido (porque se centran en cuestiones relacionadas con la prevención y la asignación de la pérdida causada por el daño transfronterizo y las actividades peligrosas). Por esa razón, no encaran adecuadamente la cuestión de la protección de la atmósfera. En consecuencia, se propone que la Comisión aborde el problema de manera integral y sistemática. Cuando proceda, se debiera hacer referencia a los trabajos anteriores de la Comisión en calidad de directrices importantes.

2. ENFOQUES

a) Adhesión exclusiva a un enfoque jurídico

15. Huelga decir que la Comisión, que tiene encomendada la función de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, se ceñirá exclusivamente a un enfoque jurídico en el examen del tema. Tratará de evitar el apasionado debate político y normativo que suscitan algunos temas relacionados con el medio ambiente, mediante una concentración exclusiva en los principios y normas jurídicos relativos a la protección de la atmósfera, en su calidad de Comisión compuesta de juristas. En la labor de la Comisión, es fundamental distinguir los argumentos basados en la *lex lata* (el derecho en vigor) de los fundados en la *lex ferenda* (el derecho como debiera ser). En la esfera del derecho ambiental internacional, propuestas y preferencias de *lex ferenda* se introducen a veces de manera subrepticia en el proceso de «interpretación» de la *lex lata*, lo que debe evitarse. Por ende, la Comisión adoptará un enfoque prudente al elaborar los proyectos de directrices sobre protección de la atmósfera. En primer lugar, debe tratar de aclarar el significado y la función de los principios jurídicos existentes en su interpretación y aplicación de *lege lata*. En segundo lugar, si el derecho vigente adolece de lagunas, podría explorar una reinterpretación de los conceptos, principios y normas jurídicos vigentes. Por último, tras un cuidadoso análisis de las posibilidades y límites de los principios vigentes, tal vez pueda añadir algunas precisiones en relación con el desarrollo progresivo de las normas emergentes de derecho internacional.

16. Naturalmente, todas las cuestiones en derecho internacional, incluido el presente tema, tienen aspectos tanto jurídicos como políticos. Es importante, sin embargo, que la Comisión se centre en los aspectos jurídicos de la cuestión. Se espera que la elucidación de los conceptos fundamentales desde una perspectiva jurídica permita un análisis más disciplinado de su condición jurídica, significados, funciones, consecuencias, posibilidades y límites dentro de los regímenes jurídicos en vigor y eche las bases

para una elaboración más constructiva y el desarrollo progresivo del derecho internacional en el futuro. La labor de la Comisión racionalizará los diversos marcos jurídicos no coordinados que se han establecido hasta ahora para examinar exclusivamente problemas atmosféricos específicos, en la forma de un conjunto único y flexible de directrices. Conforme a lo acordado al tiempo de decidir sobre el examen del presente tema, la labor de la Comisión se desarrollará de manera que no interfiera en las negociaciones políticas pertinentes (véase el párrafo 5 *supra*).

b) Referencia al derecho internacional general

17. Es importante que la Comisión considere los principios y normas jurídicos a este respecto en el marco del derecho internacional general. Obviamente, las cuestiones fundamentales que la Comisión ha de estudiar implican cuestiones como los derechos y obligaciones básicos de los Estados, la jurisdicción de los Estados, la aplicación de las obligaciones internacionales por medio de la legislación interna de los Estados, la responsabilidad de los Estados y la solución de controversias, así como las fuentes del derecho internacional, cuestiones clásicas para los juristas internacionales, en general, y para la Comisión, en particular. A ese respecto, la Comisión debe resistirse a la propensión a la «compartimentación (o fragmentación)» de los enfoques monotemáticos dominantes del derecho internacional del medio ambiente²⁶. En otras palabras, los principios y normas jurídicos relativos a la atmósfera debieran examinarse, en la medida de lo

²⁶ Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pág. 10. El Sr. Martti Koskenniemi, un antiguo miembro de la Comisión, pone en tela de juicio la razón misma de la existencia de la Comisión, a saber: «Los órganos legislativos antiguos, como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, cada vez más se encuentran privados de funcionalidad. En su incapacidad para determinar los intereses de las partes interesadas o los objetivos de la reglamentación, los órganos legislativos “generalistas” se irán extinguiendo en la medida en que el compromiso político en relación con lo que es meramente general vaya perdiendo todo sentido. Si los intereses relativos a los derechos humanos se pueden defender mejor en los órganos de derechos humanos, los intereses relacionados con el medio ambiente en los organismos ambientales y los intereses comerciales en los organismos del comercio, al tiempo que las actividades transnacionales establecen prácticas *de facto* que son tan buenas (o incluso mejores) que el derecho formal en cuanto a su eficiencia reglamentaria, ¿por qué preocuparse por “el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación” (Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, artículo 1) como no sea para refinar las inmunidades diplomáticas o el derecho técnico de los tratados?» (Koskenniemi, «International law and hegemony: a reconfiguration», pág. 212). Véase también Koskenniemi, *The Politics of International Law*, pág. 237. Al parecer, sin embargo, la aseveración de Koskenniemi contradice la conclusión general 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), que él presidió (véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, 7.^a ed., vol. I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.9), págs. 266 a 269 y 438 a 454). Naturalmente, los órganos de derechos humanos podrán promover los intereses de derechos humanos de manera más eficiente que otros órganos; una situación similar se da en relación con los organismos del medio ambiente y los intereses ambientales y los organismos del comercio y los intereses comerciales. Sin embargo, reservar la función legislativa a órganos especializados plasma una fragmentación del derecho internacional en una sociedad internacional en la que no hay ni un órgano legislativo supremo ni tampoco tribunales constitucionales para velar por la coordinación entre intereses contradictorios.

posible, en relación con la doctrina y la jurisprudencia del derecho internacional general²⁷. Implica asimismo que la labor de la Comisión debiera versar sobre la aplicación de los principios y normas del derecho internacional general a diversos aspectos del problema de la protección de la atmósfera. La Comisión debiera interesarse en nuevos temas de derecho internacional a los efectos del desarrollo progresivo y la codificación en esferas especializadas, como los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el comercio y la inversión, pues ya se han agotado muchos de los temas «tradicionales» importantes en el derecho internacional. Es cierto que, en alguna medida, sería ventajoso que el desarrollo de esas esferas del derecho se dejara librado a órganos legislativos especializados y expertos con conocimientos especializados. Con todo, ello acentuaría la compartimentación del derecho internacional. Es absolutamente necesario, por lo tanto, que cada compartimento aislado se encuadre en el marco del derecho internacional general con el fin de establecer nexos coherentes entre ellos. El enfoque «generalista» o «integrador», que supera los límites de los regímenes especiales, es, pues, indispensable para las actividades legislativas contemporáneas, y los esfuerzos de la Comisión encaminados a codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional tienen más importancia que nunca antes.

18. Dado que la Comisión es un órgano compuesto principalmente de expertos en derecho internacional general, algunos pueden estimar que es poco adecuado para dar cabida a nuevas subesferas especializadas del derecho internacional. Por el contrario, el Relator Especial advierte nuevas posibilidades y oportunidades para la labor de la Comisión en el siglo XXI. La enorme expansión del número de tratados en esas esferas tan especializadas ha llevado a una «congestión de tratados» o una «inflación de tratados»²⁸. No obstante su gran número, las convenciones adolecen de lagunas importantes y también de duplicaciones significativas, porque ha habido poca o

ninguna coordinación o armonización y, por lo tanto, no hay coherencia entre ellas. En repetidas ocasiones se ha hecho hincapié en la necesidad de realzar las sinergias entre las convenciones vigentes²⁹; la Comisión debiera aprovechar esa oportunidad. En el proceso de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional, la Comisión debiera abordar los nuevos temas propuestos en esferas especializadas desde la perspectiva del derecho internacional general, con miras a asegurar la coordinación entre las diversas subesferas (compartimentos) del derecho internacional. La Comisión está en una situación privilegiada para desempeñar esa función.

c) *Consulta con instituciones científicas y especialistas*

19. El examen de un tema como la protección de la atmósfera exige que la Comisión posea un cierto nivel de comprensión de los aspectos científicos y técnicos del problema, como las fuentes y los efectos del daño de que se trata. Es preciso, pues, que la Comisión se comunique con las organizaciones ambientales internacionales y con la comunidad científica. El apartado e del artículo 16 del estatuto de la Comisión la autoriza a «consultar con instituciones científicas y especialistas» en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Existen también precedentes similares: el Sr. Chusei Yamada, Relator Especial para el derecho de los acuíferos transfronterizos, se valió de los servicios de expertos en hidrología de los acuíferos de la UNESCO, a fin de llevar a feliz término el proyecto de artículos sobre el tema. Como lo indicó *supra*, el Relator Especial ha adoptado providencias para comunicarse con las organizaciones internacionales competentes y con la comunidad científica y técnica, con miras a recabar su asesoramiento y conocimientos especializados, a fin de ayudar a la Comisión a entender la cuestión sobre la que se ha de legislar. La situación es similar a la que enfrentan los magistrados contemporáneos de las cortes y tribunales internacionales que, ante el número cada vez mayor de controversias ambientales que tienen ante sí, se valen del concurso de expertos para realizar el análisis de las pruebas científicas en esas causas fácticamente complejas³⁰.

²⁷ Por ejemplo, el uso del concepto de «equidad» en el contexto del cambio climático —muchas veces ambiguo y arbitrario— demuestra a las claras la necesidad de hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, incluido el fallo de 1985 en la causa relativa a la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí (*Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 557, párr. 28; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 209), en que la Corte indicó que había tres categorías de equidad en derecho internacional: equidad *infra legem* (dentro de la ley), equidad *praeter legem* (fuera, pero próxima a la ley) y equidad *contra legem* (contra la ley). La noción de equidad *praeter legem* es particularmente importante por su función para colmar lagunas en el derecho vigente. Véanse en general Weil, «L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?»; Kokott, «Equity in international law», págs. 186 a 188; Shelton, «Equity», págs. 653 a 658. Véase también el informe del National Committee on Climate Change del Japón, «Legal principles relating to climate change: preliminary issues on the methodology and scope of the work», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), págs. 500 a 537.

²⁸ Véanse Brown Weiss, «International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, págs. 697 a 702; panel presidido por Shinya Murase, «Compliance with international standards: environmental case studies», en Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, *Proceedings of the 89th Annual Meeting. Structures of World Order* (1995), págs. 206 a 224; Anton, «“Treaty congestion” in contemporary international environmental law».

²⁹ El PNUMA ha venido insistiendo en la necesidad de sinergia entre los acuerdos ambientales multilaterales: véase el apéndice de la decisión SS.VII/1 relativa a la gobernanza ambiental a nivel internacional, de 15 de febrero de 2002, del séptimo período extraordinario de sesiones del Consejo de Administración, titulado «Informe del Grupo Intergubernamental de composición abierta de Ministros o de sus representantes sobre gobernanza ambiental a nivel internacional», sección III.C titulada «Mejora de la coordinación y la eficacia de los acuerdos ambientales multilaterales», en particular el párrafo 27 (véase A/57/25, anexo I). El Consejo de Administración del PNUMA ha adoptado decisiones similares casi todos los años. La más reciente es la Declaración de Nusa Dua, de 26 de febrero de 2010 (A/65/25, anexo I, decisión SS.XI/9) (véanse los párrafos 10 a 12). Véase también Roch y Perrez, «International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime».

³⁰ En particular, véase *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 70 y ss., párrs. 160 a 168 (sobre la carga de la prueba y la prueba pericial) y el voto en disidencia conjunto de los magistrados Al-Khasawneh y Simma (ibíd., págs. 108 y ss., párrs. 1 a 6). Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 113.

CAPÍTULO I

Antecedentes

A. Evolución del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera

20. El contenido gaseoso de la atmósfera (*aër* en griego y *latín*) ha sido clasificado como uno de los patrimonios jurídicos comunes desde la época romana, como lo proclamó en el siglo VI un famoso pasaje en las *Instituciones* del emperador Justiniano: «Y según el derecho natural son cosas comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas»³¹.

21. La sharia (derecho islámico), sistematizada en los primeros años de la época musulmana (siglos VIII y IX), atribuye importancia al «aire» como elemento indispensable «para la perpetuación y preservación de la vida». En un estudio autoritativo se dice que «[e]ste elemento no es menos importante que el agua» y «[p]or cuanto la atmósfera cumple todas estas funciones biológicas y sociales, su conservación, pura y no contaminada, es un aspecto esencial de la conservación de la vida misma, que es uno de los objetivos fundamentales del derecho islámico»³².

22. Durante muchos siglos, los océanos constituyeron el elemento central del derecho internacional moderno. Por otra parte, ni la atmósfera ni el aire fueron considerados cosas que debían ser reglamentadas por el derecho internacional hasta el siglo XX³³. Los juristas comenzaron a contemplar el cielo en 1783, cuando los hermanos Montgolfier lanzaron un globo de aire caliente con autorización de la policía francesa. La autorización, que constaba de condiciones claramente definidas de carácter preceptivo, demostró la potestad del Estado para reglamentar actividades en lo que hoy se llama el espacio aéreo³⁴. La evolución del concepto de espacio aéreo desde entonces es bien conocida³⁵. Sin embargo, en su mayoría,

los juristas internacionales no trataron de examinar las sustancias en la atmósfera o la función de la atmósfera en el transporte de contaminantes hasta avanzada la década de 1950³⁶. Durante mucho tiempo, la diferenciación entre espacio aéreo y atmósfera no estuvo clara entre los juristas internacionales y, por lo general, se consideraba que la máxima altitud alcanzada por las aeronaves era el límite superior del espacio aéreo. Por ejemplo, mediante la interpretación del término «espacio aéreo» en el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944)³⁷, se afirmó que el espacio aéreo llegaba hasta donde se podía encontrar la atmósfera. Con todo, a principios del siglo XX, un tribunal de los Estados Unidos entendió en el asunto por contaminación del aire que se describe *infra* y que más adelante iba a ejercer una influencia significativa en el derecho internacional.

23. Uno de los primeros asuntos relacionados con la contaminación del aire que se ventiló ante un tribunal nacional fue la causa *Georgia v. Tennessee Copper*³⁸ en 1907 y 1915, en los Estados Unidos. El litigio se entabló contra dos compañías dedicadas a la minería del cobre en el estado de Tennessee, que realizaban operaciones de minería y fundición cerca de la frontera con el estado de Georgia. Las compañías emitían grandes volúmenes de dióxido de azufre, que producía ácido sulfúrico en la atmósfera. El estado de Georgia interpuso una acción de jurisdicción original ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para impedir que ambas compañías descargaran el gas nocivo producido por sus instalaciones. El demandante alegó que las emisiones, arrastradas por el viento, habían dado lugar a una destrucción masiva de bosques, huertos y cultivos en Georgia. La Corte Suprema consideró que se trataba de una demanda justa y razonable, por parte de una entidad soberana, de que no se debía contaminar en gran escala el aire sobre su territorio. En 1914, Georgia y la Tennessee Copper Company habían llegado a un acuerdo con arreglo al cual esta última se comprometía a contribuir a un fondo para indemnizar a los damnificados por las emanaciones de su planta, a autorizar la inspección de su planta y a explotar solamente el número de hornos de fundición de concentrados verdes que fueran necesarios. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo con

³¹ *Instituciones*, libro II, título 1.1: De la división de las cosas (*De rerum divisione*). Véase también Peter H. Sand, «Shared responsibility for transboundary air pollution».

³² Bagader y otros, *Environmental Protection in Islam*, pág. 4. El Relator Especial desea expresar su agradecimiento al autor del estudio, Sr. Wolfgang E. Burhenne.

³³ En el plano nacional, la acción legislativa en relación con la contaminación atmosférica se remonta por lo menos a 1273, cuando se sancionó una ordenanza para prohibir la combustión de carbón en Londres (véase Rowlands, «Atmosphere and outer space», pág. 317).

³⁴ En el período 1870-1871, durante la guerra franco-prusiana, ambas partes utilizaron globos aerostáticos, sobre todo durante el sitio de París. Sobre la base de la experiencia de la guerra, la Primera Conferencia de la Paz de La Haya, celebrada en 1899, aprobó la Declaración (IV, 1) prohibiendo, durante un período de cinco años, el lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos o por otros medios nuevos análogos (véanse Sand, Pratt y Lyon, *An Historical Survey of the Law of Flight*, pág. 9; y Heere, «Problems of jurisdiction in air and outer space»).

³⁵ A principios del siglo XX, Paul Fauchille fue el principal defensor de la libertad del aire. En esencia, sus argumentos eran que la propiedad real del aire era imposible porque nadie podía apropiarse de él y que lo mismo se aplicaba a la posibilidad de que el Estado «dominara» el aire. En consecuencia, el espacio aéreo era *res communis omnium* y, por lo tanto, libre. Por razones de seguridad, sin embargo, propuso

una zona de seguridad para los primeros 1.500 m por encima del suelo (Fauchille, «Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats»); en el Convenio Internacional de Navegación Aérea, de 1919, se reconoció la soberanía plena y exclusiva del Estado en el espacio aéreo situado sobre su territorio (véase Mateesco Matte, *Traité de Droit Aérien-Aéronautique (Évolution – Problèmes spatiaux)*, págs. 95 y ss.).

³⁶ Véase, por ejemplo, Hogan, «Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere».

³⁷ Entró en vigor en 1947. Véase también Cheng, «Air law», y *The Law of International Air Transport*, págs. 120 y 121.

³⁸ *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper & Iron Company, Limited*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 13 de mayo de 1907, 10 de mayo de 1915, *United States Reports*, vol. 237, págs. 474 y 477; véase también Robb, *International Environmental Law Reports*, vol. 1, *Early Decisions*, págs. 514 a 523.

la Ducktown Company y, por lo tanto, la Corte Suprema dictó un segundo fallo el 10 de mayo de 1915. La Corte Suprema, aunque en definitiva falló a favor de la petición de medida cautelar de Georgia, consideró que era imposible determinar la reducción necesaria en el contenido de azufre de las emisiones de la Ducktown Company para evitar perjuicios al estado. La Corte Suprema impuso ciertas condiciones a la Ducktown Company en relación con el mantenimiento de registros, la inspección y la limitación de los niveles de las emisiones.

24. Este asunto fue en realidad un precursor del famoso asunto *Trail Smelter*³⁹ entre los Estados Unidos y el Canadá (en ese entonces un dominio del Reino Unido) en la década de 1930. El asunto *Trail Smelter* sigue siendo la jurisprudencia rectora en el ámbito de la contaminación atmosférica transfronteriza en el derecho internacional contemporáneo, que afirma el principio consuetudinario de la «buena vecindad» en los acuerdos bilaterales entre países vecinos. Su fallo definitivo en 1941, que cita extensamente la decisión en el asunto *Georgia v. Tennessee Copper*⁴⁰, demostró que algunos de los principios más básicos del derecho internacional se derivan de decisiones de tribunales nacionales. El asunto *Trail Smelter* es representativo del tipo tradicional de litigio ambiental internacional por dos razones: las causas y efectos del daño ambiental son determinables, y un Estado territorial está obligado a actuar con la diligencia debida sobre las actividades de las personas naturales y jurídicas dentro de su territorio con el fin de velar por que dichas actividades no causen daño a otros Estados y sus nacionales. El principio de la prevención (o «principio preventivo») se confirmó luego en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (la Declaración de Estocolmo) en 1972⁴¹. La contaminación atmosférica transfronteriza causada por accidentes industriales ha pasado a ser grave y de gran escala desde la década de 1970, como se observa en los accidentes catastróficos ocurridos en Seveso (Italia, 1976) y Bhopal (India, 1984)⁴². El Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (1992)⁴³ tuvo por objeto proteger a los seres humanos y el medio ambiente de las consecuencias de los accidentes industriales mediante medidas preventivas y, en caso de accidentes, medidas para reducir su gravedad y mitigar sus efectos.

25. En la década de 1960 no solo se repitieron los problemas ambientales transfronterizos tradicionales, sino que también se plantearon nuevos problemas en el derecho ambiental internacional. Los problemas provenían de dos perspectivas. Uno de esos problemas era la ampliación del daño ambiental, tanto en términos de sus causas como de sus efectos, como en el caso de la lluvia ácida, que hacía difícil determinar las fuentes puntuales concretas de

la contaminación y los lugares específicamente afectados. La naturaleza acumulativa del daño hace que sea especialmente difícil asignar la responsabilidad. El Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, se concertó en un marco regional en respuesta a esos problemas⁴⁴. El otro problema fue el rápido desarrollo de las llamadas «actividades extremadamente peligrosas», como el uso de petroleros, aeronaves, centrales nucleares y objetos espaciales. Si bien en general son beneficiosas para el bienestar de las personas, esas actividades pueden causar enorme daño a la vida humana en caso de accidentes, y ya ha habido accidentes. Por lo tanto, era necesario establecer un régimen especial de responsabilidad en los convenios pertinentes⁴⁵.

26. Desde la década de 1980, el mundo ha sido testigo del rápido deterioro del medio ambiente mundial en la forma del agotamiento del ozono y el cambio climático. La reacción inicial de la comunidad jurídica internacional se plasmó en el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985⁴⁶; y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 1987⁴⁷. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992⁴⁸, y el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1997⁴⁹, se concertaron más adelante para hacer frente al problema del cambio climático. En respuesta a estos problemas mundiales, el derecho internacional ha formulado una serie de nuevas técnicas para hacer frente a la incertidumbre científica vinculada con los problemas ambientales, entre ellas la adopción de enfoques preventivos, una combinación de convenciones marcos y protocolos y procedimientos singulares de incumplimiento e instrumentos flexibles⁵⁰.

27. Cabe señalar que a finales de la década de 1980 hubo ciertos movimientos significativos que promovieron la idea de un «derecho de la atmósfera», encaminado a la adopción de un enfoque integral para combatir los problemas atmosféricos⁵¹. En el capítulo 9 del Programa 21 se

⁴⁴ Entró en vigor en 1983; véase también Sand, «Regional approaches to transboundary air pollution».

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law»; Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law»; Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*.

⁴⁶ Entró en vigor en 1988.

⁴⁷ Entró en vigor en 1989.

⁴⁸ Entró en vigor en 1994.

⁴⁹ Entró en vigor en 2005.

⁵⁰ Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 24 a 30.

⁵¹ Respecto de las conferencias de 1988 y 1989 organizadas por el Gobierno del Canadá, véanse «International Conference on Atmosphere: implications for global security, Conference statement, Toronto, 2730 June 1988», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), pág. 155; «Protection of the atmosphere: statement of the International Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, February 22, 1989», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5 (1989-1990), págs. 529 a 542; la nota de Jim Bruce, «Law of the Air: A Conceptual Outline», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), pág. 5; Sand, «UNCED and the Development of International Environmental Law»; véase también Soroos, *The Endangered Atmosphere. Preserving a Global Commons*. El Sr. Donald McRae recuerda que el tema de la protección de la atmósfera ha estado vinculado con la Comisión desde finales de la década de 1980 y señala lo siguiente: «En junio de 1988, el Canadá acogió una conferencia en Toronto sobre el cambio

³⁹ *Trail Smelter* (UNRIIA vol. III (núm. de venta 1949.V.2), pág. 1905).

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 1965.

⁴¹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

⁴² Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 74 a 96.

⁴³ Entró en vigor en 2000.

abordó la cuestión de la «Protección de la atmósfera»⁵², y en los años siguientes la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible celebró debates sustantivos sobre el tema en 2001⁵³ y 2007⁵⁴, con particular referencia a un grupo de cuestiones temáticas, incluidas la atmósfera y la contaminación atmosférica. En la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, se señaló que el medio ambiente mundial seguía deteriorándose, en tanto la contaminación del aire, el agua y los mares seguía privando a millones de seres humanos de una vida digna⁵⁵. Sin embargo, los esfuerzos encaminados a proteger la atmósfera no se han plasmado todavía en un instrumento de derecho vinculante. No obstante, en años recientes, al parecer se ha reavivado el interés en una convención multilateral integral sobre la atmósfera. Por ejemplo, el XV Congreso Mundial del Aire Puro, celebrado en Vancouver (Canadá), en septiembre de 2010, aprobó su declaración final titulada «Una atmósfera», con objeto de propiciar la integración de las políticas sobre el clima y la contaminación, e instó a que se aprobara un nuevo «derecho de la atmósfera», paralelo a la Convención de las Naciones

atmosférico, en la que participaron hombres de ciencia y funcionarios de los gobiernos, las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. La conferencia instó a los gobiernos a colaborar con urgencia en la elaboración de un plan de acción para la protección de la atmósfera, que incluiría un convenio marco internacional. El año siguiente, en febrero de 1989, se celebró en Ottawa una reunión de juristas y expertos en políticas públicas. La reunión hizo suya la idea de una convención marco sobre la protección de la atmósfera y enunció los elementos que serían necesarios en una convención marco de esa índole. Naturalmente, la evolución continuó, el cambio climático pasó a ser una cuestión más importante y, si bien algunas de las ideas expuestas en la reunión de expertos se incorporaron en otras convenciones, no se concertó una convención marco sobre la protección de la atmósfera. Dije que se podría establecer un nexo entre la reunión de 1989 y la Comisión de Derecho Internacional. Un participante notable en dicha reunión de juristas y expertos en políticas fue el Sr. Alan Beesley, el jurista y diplomático internacional canadiense, que había sido una figura central en las negociaciones sobre el derecho del mar y también había desempeñado un papel en Estocolmo y que, en ese momento, era miembro de la Comisión. El Sr. Beesley habló en la apertura de la reunión acerca de la necesidad de encontrar soluciones creativas que los juristas pudieran adoptar y dijo que los juristas debían tomar la iniciativa en la evolución normativa en esa esfera. Y en la lista de los invitados figuraban el Sr. Julio Barboza, en ese entonces miembro de la Comisión, y el Sr. Vaclav Mikulka, el Sr. Hanqin Xue y el autor del presente informe, que más adelante serían miembros de la Comisión. En cierto sentido, pues, la propuesta del profesor Murase de que la Comisión aprobara el tema de la «Protección de la Atmósfera» se remonta a un problema de hace veinte años. Si ya entonces era un tema apto para la reflexión, ciertamente lo es ahora (Sr. Donald McRae, trabajo presentado en el seminario sobre la protección de la atmósfera, celebrado en la Misión Permanente del Japón ante las Naciones Unidas, en Nueva York, el 26 de octubre de 2011. El seminario fue organizado conjuntamente por el Gobierno del Japón y el PNUMA)» (Murase, «Protection of the Atmosphere and International Law: Rationale for Codification and Progressive Development», pág. 9, nota 10).

⁵² 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, núm. de venta S.93.I.8), anexo II.

⁵³ Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, Informe sobre su noveno período de sesiones (5 de mayo de 2000 y 16 a 27 de abril de 2001), Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento núm. 9 (E/2001/29).

⁵⁴ Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, Informe sobre su 15.º período de sesiones (12 de mayo de 2006 y 30 de abril-11 de mayo de 2007, Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2007, Suplemento núm. 9 (E/2007/29)).

⁵⁵ 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, núm. de venta: S.03.II.A.1), cap. I, párr. 13.

Unidas sobre el Derecho del Mar⁵⁶. Tal vez sea un poco demasiado ambicioso hablar ahora del «derecho de la atmósfera». Más ajustado a la realidad sería examinar un «derecho internacional sobre la protección de la atmósfera», con un enfoque relativamente más circunscripto. No obstante, es alentador observar un creciente dinamismo en favor de un examen general del tema.

28. Por último, bien cabe señalar que uno de los resultados del seminario celebrado en Gotemburgo (Suecia), del 24 al 26 junio de 2013, en relación con las futuras estrategias internacionales respecto de la contaminación del aire, organizado por el Organismo de Protección del Medio Ambiente de Suecia y el Instituto Sueco de Investigaciones Ecológicas, en estrecha colaboración con el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y la Comisión Europea, fue la recomendación de recurrir a los conocimientos especializados de la Comisión para examinar la cuestión de la protección de la atmósfera. Los participantes en el seminario dijeron que el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia debería invitar a la Comisión «a continuar explorando las posibilidades de un “derecho de la atmósfera”, pues se facilitaría así una acción integrada en materia de cambio climático y contaminación del aire en la troposfera»⁵⁷. Es preciso tener debidamente en cuenta las elevadas expectativas de la comunidad internacional respecto de la Comisión.

B. Fuentes

29. Se pueden citar varias fuentes pertinentes a la protección de la atmósfera. Las convenciones multilaterales pertinentes se pueden clasificar, en general, en convenciones de aplicación principalmente regional y convenciones de aplicación universal. En contraste con el número de convenciones multilaterales, las convenciones bilaterales son pocas, lo que indica el carácter esencialmente regional y mundial de la mayoría de los problemas relacionados con la atmósfera. Los principios y las normas del derecho internacional consuetudinario se deben determinar a la luz de la *opinio juris* y la práctica general de los Estados. La jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales es, a no dudarlo, una fuente importante para determinar el estado de derecho consuetudinario de las normas y principios relativos a la protección de la atmósfera. Los instrumentos distintos de los tratados, la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales nacionales son también fuentes importantes para la determinación de las normas existentes o emergentes del derecho consuetudinario, que es el fundamento para el ejercicio de la codificación y el desarrollo progresivo.

⁵⁶ El Congreso Mundial del Aire Puro es organizado por la Unión Internacional de Asociaciones para la Prevención de la Contaminación del Aire y la Protección del Medio Ambiente, compuesta de organizaciones no gubernamentales de 40 Estados.

⁵⁷ Grennfelt y otros, *Saltjöbaden V – Taking international air pollution policies into the future, Gothenburg, 24-26 June 2013*, pág. 14. En su 32.º período de sesiones, celebrado del 9 al 13 de diciembre de 2013, el Órgano Ejecutivo del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia tomó nota de las recomendaciones del seminario «Saltjöbaden V» (véase ECE/EB.AIR/122). El 16.º Congreso Mundial del Aire Puro, celebrado en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), del 29 septiembre al 4 de octubre de 2013, formuló una recomendación similar a la Comisión.

I. PRÁCTICA DE LOS TRATADOS

30. A continuación se presenta una lista, que no pretende ser exhaustiva, de acuerdos multilaterales y bilaterales vinculantes relacionados con los problemas atmosféricos:

a) *Acuerdos multilaterales relacionados con la contaminación atmosférica*

— El Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, y sus protocolos, entre ellos, el Protocolo relativo a la Financiación a Largo Plazo del Programa Concertado de Seguimiento Continuo y Evaluación del transporte a Gran Distancia de los Contaminantes Atmosféricos en Europa (EMEP); el Protocolo sobre Reducción de las Emisiones de Azufre o de sus Flujos Transfronterizos en un 30% como Mínimo; el Protocolo relativo a Reducciones Adicionales de las Emisiones de Azufre; el Protocolo relativo a la Lucha contra las Emisiones de Óxido de Nitrógeno o sus Flujos Transfronterizos; el Protocolo relativo a la Lucha contra las Emisiones de Compuestos Orgánicos Volátiles o sus Flujos Transfronterizos; el Protocolo en Materia de Metales Pesados; el Protocolo sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia Provocada por Contaminantes Orgánicos Persistentes; y el Protocolo relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera (Protocolo de Gotemburgo), enmendado el 4 de mayo de 2012⁵⁸;

— El Acuerdo relativo a la Adopción de Requisitos Técnicos Uniformes para los Vehículos con Ruedas, el Equipo y los Repuestos que Puedan Colocarse o Utilizarse en Vehículos con Ruedas y las Condiciones Necesarias para el Reconocimiento Recíproco de la Homologación Basada en estos Requisitos, de la CEPE, que cuando entró en vigor pasó a denominarse «Acuerdo sobre el establecimiento de Reglamentos Técnicos Mundiales aplicables a los vehículos de ruedas y a los equipos y piezas que puedan montarse o utilizarse en esos vehículos y los Reglamentos anexados al Acuerdo de 20 de marzo de 1958, relativo al Cumplimiento de Condiciones Uniformes de Homologación y al Reconocimiento Recíproco de la Homologación de Equipos y Piezas de Vehículos de Motor» (1958, 1994)⁵⁹; posteriormente, «mundializado» por el Acuerdo sobre el Establecimiento de Reglamentos Técnicos Mundiales Aplicables a los Vehículos de Ruedas y a los Equipos y Piezas que Puedan Montarse o Utilizarse en Dichos Vehículos⁶⁰;

— El Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, de la CEPE⁶¹;

— El Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de la CEPE, y el Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños Derivados de los Efectos Transfronterizos de los Accidentes en Aguas Transfronterizas, complementario del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales, de 1992, y de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 1992⁶²;

— Las Directivas de la UE sobre la contaminación atmosférica⁶³, incluidas en particular la Directiva 2001/81/CE sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos⁶⁴; la Directiva 2007/46/CE por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos⁶⁵, con los anexos y requisitos técnicos para dar efecto o adaptar los acuerdos pertinentes de la CEPE aplicables a los vehículos de ruedas⁶⁶; la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa⁶⁷; y la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)⁶⁸;

⁶¹ Entró en vigor en 1997.

⁶² El Protocolo aún no ha entrado en vigor.

⁶³ Para un resumen actual, véase Jans y Vedder, *European Environmental Law. After Lisbon*, págs. 419 a 430.

⁶⁴ Directiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2001 sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 309, 27 de noviembre de 2001, actualmente en curso de revisión.

⁶⁵ Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de septiembre de 2007 por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 263, 9 de octubre de 2007.

⁶⁶ Especialmente mediante el Reglamento 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos (ibíd., L 171, 29 de junio de 2007) (modificado por el Reglamento (CE) 595/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 relativo a las emisiones de los vehículos pesados (Euro VI) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos y por el que se modifica el Reglamento (CE) 715/2007 y la Directiva 2007/46/CE y se derogan las Directivas 80/1269/CEE, 2005/55/CE y 2005/78/CE (ibíd., L 188, 18 de julio de 2009); entró en vigor en 2013.

⁶⁷ Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, ibíd., L 152, 11 de junio de 2008, que deroga (a partir del 11 junio de 2010) varias directivas anteriores relacionadas con «sustancias específicas» sobre la calidad del aire ambiente (para el dióxido de azufre (1980), el plomo (1982); el dióxido de nitrógeno (1985); el ozono sobre el nivel del suelo (1992); y los compuestos orgánicos volátiles (1999/2004)); y Directiva 96/62/CE del Consejo de 27 de septiembre de 1996 sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 296, 21 de noviembre de 1996).

⁶⁸ Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 sobre las emisiones industriales (prevención

⁵⁸ CEPE, decisiones 2012/1 y 2012/2 del Órgano Ejecutivo. Véase C.N.171.2013.TREATIES-XXVII.1.h.

⁵⁹ Entró en vigor en 1959; el título fue enmendado en 1994; se le ha dado efecto mediante una serie de reglamentos técnicos relativos a las emisiones contaminantes (especialmente los núms. 40, 41, 47, 49, 51 y 83) (véase España, *Boletín Oficial del Estado* (BOE) 1997-3871; BOE-A-1982-11468; BOE-A-1998-16483; BOE-A-1997-7005; BOE-A-1983-17281 y BOE-A-1991-23005, respectivamente).

⁶⁰ Entró en vigor en 2000; se le ha dado efecto mediante una serie de reglamentos técnicos relativos a la medición del dióxido de carbono y otros gases de escape.

- Las Normas y métodos recomendados internacionales. Anexo 16 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Protección del medio ambiente. Emisiones de los motores de las aeronaves (1981/2008)⁶⁹;
- El Protocolo de 1997 (anexo VI: Reglas para prevenir la contaminación atmosférica por los buques) del Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978⁷⁰;
- El Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) en Materia de Contaminación Transfronteriza Derivada de la Calina;
- El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes⁷¹;
- El Convenio Marco para la Protección del Medio Ambiente para el Desarrollo Sostenible en Asia Central⁷²;
- El Convenio de Minamata sobre el Mercurio.
 - b) *Acuerdos bilaterales sobre la contaminación atmosférica transfronteriza*
- El Tratado entre Checoslovaquia y Polonia sobre la Protección de la Atmósfera contra la Contaminación⁷³;
- El Memorando de Intención entre los Estados Unidos el Canadá relativo a la Contaminación Atmosférica Transfronteriza⁷⁴;
- El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la

Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona fronteriza⁷⁵, con dos acuerdos suplementarios⁷⁶;

— El Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Aire⁷⁷;

— Los Convenios entre Alemania y la República Checa de 1992, 1994, 2000 y 2004⁷⁸.

c) *Instrumentos multilaterales sobre problemas atmosféricos mundiales*

— El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono;

— La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto.

31. Seguidamente se destacan brevemente algunos de estos instrumentos. Son, sin duda, fuentes importantes en las que la Comisión puede inspirarse al tiempo de elaborar proyectos de directrices sobre la protección de la atmósfera.

32. **Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia**⁷⁹. Este instrumento se elaboró bajo los auspicios de la CEPE en la forma de un acuerdo marco para abordar las principales preocupaciones acerca de la lluvia ácida y otros contaminantes dispersos. De acuerdo con su artículo 1, apdo. b, la expresión «contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia» designa la contaminación atmosférica cuya fuente física esté a una distancia tal que «generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión». Si bien en el Convenio no se instituyeron límites específicos a las emisiones de contaminantes industriales, sí se estableció un régimen a fin de continuar examinando la cuestión. Se ha señalado que, «[a] pesar de sus evidentes deficiencias, el verdadero valor del Convenio de Ginebra es que ha establecido un marco propicio para la

y control integrados de la contaminación (versión refundida), *Diario Oficial de la Unión Europea* L 334, 17 de diciembre de 2010. A partir del 7 de enero de 2016 esta directiva sustituirá a la Directiva 2001/80/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2001 sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 309, 27 noviembre de 2001; deroga una directiva anterior de 1988), y la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2000 relativa a la incineración de residuos (ibíd., L 332, 28 de diciembre de 2000).

⁶⁹ La primera versión del anexo 16, vol. II («Emisiones de los motores de las aeronaves»), fue aprobada el 30 de junio de 1981 y entró en vigor en 1982; ha sido enmendada periódicamente por el Consejo de la OACI; véase Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, págs. 18 a 20.

⁷⁰ El anexo VI entró en vigor en 2005 y ha sido modificado periódicamente por el Comité de Protección del Medio Marino de la OMI.

⁷¹ Entró en vigor en 2004.

⁷² Todavía no ha entrado en vigor. Signatarios: Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán. El artículo 8 versa sobre «la protección del aire».

⁷³ Firmado en Varsovia el 24 de septiembre de 1974 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 971, núm. 14068, pág. 407); entró en vigor en 1975. Véase Sommer, «Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States».

⁷⁴ Firmado en Washington el 5 de agosto de 1980 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1274, núm. 21009, pág. 235).

⁷⁵ Firmado en La Paz (Baja California) el 14 de agosto de 1983 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1352, núm. 22805, pág. 71).

⁷⁶ Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Contaminación Transfronteriza del Aire Causada por las Fundidoras de Cobre a lo Largo de su Frontera Común (Anexo IV), firmado en Washington el 29 de enero de 1987 (ibíd., vol. 1465, núm. 22805, pág. 357), y Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América relativo al Transporte Internacional de Contaminantes del Aire Urbano (Anexo V), firmado en Washington, el 3 de octubre de 1989 (Estados Unidos, *Treaties and Other International Acts Series* 11269).

⁷⁷ Firmado en Ottawa el 13 de marzo de 1991 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1852, núm. 31532, pág. 79).

⁷⁸ El Convenio de 1994 dispone sobre la ejecución de proyectos piloto conjuntos en materia ambiental para la depuración de gases de combustión en centrales eléctricas de carbón; los Convenios de 2000 y 2004 disponen sobre el establecimiento conjunto de un «Fondo de Aire Puro» y la ejecución de otros proyectos piloto en la República Checa, con miras a reducir los efectos de la contaminación atmosférica transfronteriza en Alemania; el Convenio de 2004 versa específicamente sobre la «ejecución conjunta» en el marco del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

⁷⁹ Véanse Sliggers y Kakebeeke, *Clearing the Air: 25 Years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*; Lidskog y Sundqvist, *Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*.

cooperación y la elaboración de nuevas medidas de control de la contaminación»⁸⁰. Posteriormente se negociaron y suscribieron ocho protocolos separados.

33. Protocolos del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia. Los protocolos plasman innovaciones normativas importantes. En el primer Protocolo sobre Reducción de las Emisiones de Azufre o de sus Flujos Transfronterizos en un 30% como Mínimo (1985), las Partes se comprometen a reducir sus emisiones o flujos transfronterizos de azufre en al menos un 30% para 1993, mediante la aplicación de una sola tasa fija a todas las partes. En cambio, el segundo Protocolo relativo a Reducciones Adicionales de las Emisiones de Azufre (1994) aplicó el concepto de «carga crítica» para establecer objetivos de emisiones diferenciadas para cada parte. Los objetivos acusaron una amplitud que iba desde una reducción del 80% para Alemania hasta un aumento del 49% para Grecia, con una reducción global de las emisiones colectivas del 50,8%. Si bien el objetivo de reducir las emisiones en 30% establecido en el primer Protocolo sobre Reducción de las Emisiones de Azufre o de sus Flujos Transfronterizos en un 30% como Mínimo se determinó de manera esencialmente arbitraria, los objetivos nacionales diferenciados del segundo Protocolo relativo a Reducciones Adicionales de las Emisiones de Azufre se determinaron con el método de las cargas críticas, juntamente con la eficiencia de costos, que reflejó un alto grado de conocimiento científico y técnico⁸¹. Los compromisos resultantes son más justos para todas las partes, dado que se basan en los cálculos de las fuentes y los efectos reales. En el Protocolo relativo a la Lucha contra las Emisiones de Óxido de Nitrógeno o sus Flujos Transfronterizos (1988), las partes se obligaron a estabilizar para 1994 sus emisiones de óxidos de nitrógeno o sus flujos transfronterizos en los niveles de 1987. El Protocolo abarcó las principales fuentes estacionarias (por ejemplo, centrales eléctricas) y móviles (por ejemplo, emisiones de vehículos) y dispuso sobre la eventual negociación de cargas críticas internacionalmente aceptadas para la contaminación de óxido de nitrógeno que entrarían en vigor a partir de 1996. Se estima que el enfoque se adapta mejor a la protección regional del medio ambiente que las reducciones de emisiones a tasas fijas⁸². Entre 1991 y 1998, se aprobaron tres protocolos para reglamentar las emisiones de compuestos orgánicos volátiles, contaminantes orgánicos persistentes, plomo, cadmio y mercurio. Por último, en 1999, la CEPE aprobó el Protocolo relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera (Protocolo de Gotemburgo) para disminuir los efectos nocivos de la acidificación, la eutrofización y el ozono troposférico sobre la salud humana, los ecosistemas naturales y los cultivos resultantes de la contaminación atmosférica transfronteriza. En el Protocolo se reconoce la necesidad de un enfoque de precaución y se dispone que las emisiones no deben ser superiores a las cargas críticas establecidas en los anexos. Cabe señalar que, en mayo de 2012,

⁸⁰ Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, pág. 345.

⁸¹ *Ibid.*, pág. 346. Por esta razón, se ha señalado, se obvió la necesidad de aplicar el principio de precaución en este caso, aunque en el preámbulo del Protocolo se reconocen la incertidumbre científica y el principio de precaución.

⁸² *Ibid.*, pág. 347.

las partes en el Convenio hicieron un avance histórico cuando enmendaron el Protocolo de Gotemburgo en relación con determinadas sustancias para incluir el carbono negro —como componente del material particulado— en la revisión del Protocolo de Gotemburgo⁸³; y el carbono negro, el ozono y el metano en los planes de trabajo a mediano y largo plazo de los Convenios en calidad de contaminantes atmosféricos importantes y los factores de actuación breve que influyen en el clima⁸⁴.

34. Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales. Al igual que el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, el Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales fue negociado por la CEPE, como parte de su marco jurídico para la protección del medio ambiente. El Convenio tiene como objetivo prevenir los efectos nocivos de largo alcance de los accidentes industriales sobre los seres humanos y el medio ambiente, como el vertimiento de residuos de la extracción minera en Baia Mare (Rumania). En el párrafo 4 del artículo 3, el Convenio reafirma el principio de la responsabilidad del Estado y obliga a las Partes a adoptar medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras para prevenir los accidentes industriales, prepararse para ellos y hacerles frente. Las partes deben identificar las actividades peligrosas bajo su jurisdicción (párrafo 1 del artículo 4) y emplazar los nuevos proyectos con el fin de minimizar los riesgos de daños ambientales (art. 7). El Convenio crea un marco para la cooperación internacional que va más allá de la asistencia en caso de accidente. Las partes están obligadas a informar y consultar a otras partes que podrían verse afectadas por los efectos transfronterizos de las actividades peligrosas y a elaborar planes de emergencia conjuntos o compatibles. El Convenio promueve también el intercambio de información y tecnologías y la cooperación en materia de investigación y desarrollo. Con el fin de ayudar a los Estados a responder mejor a los accidentes, el Convenio insta a las partes a establecer un sistema de notificación de accidentes industriales a fin de informar inmediatamente a las partes afectadas. La Conferencia de las Partes, como órgano de gobierno, examina la aplicación del Convenio y define las prioridades de trabajo.

35. Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) sobre Contaminación Transfronteriza Derivada de la Calina. El Acuerdo fue redactado en la forma de un tratado ambiental regional jurídicamente vinculante en colaboración con el PNUMA, con miras a subsanar algunos de los problemas de cumplimiento relacionados con instrumentos anteriores para hacer frente al problema de la calina densa en la región, tales como el Plan de Acción Regional contra la Calina.

⁸³ Enmienda del texto y los anexos II a IX del Protocolo y la adición de los nuevos anexos X y XI, anexo, artículo 10, nuevo párr. 3.

⁸⁴ Para el estudio de antecedentes, véase «Hemispheric transport of air pollution 2010» (ECE/EB.AIR/2010/10 y Corr.1 y 2). Respecto de la necesidad de integrar la reglamentación de los contaminantes atmosféricos y las sustancias que influyen en el clima, véase también el nuevo informe ampliado titulado *On Thin Ice: How Cutting Pollution Can Slow Warming and Save Lives* (informe conjunto del Banco Mundial e International Cryosphere Climate Initiative, Washington DC, 2013), disponible en www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/SDN/Full_Report_On_Thin_Ice_How_Cutting_Pollution_Can_Slow_Warming_and_Save_Lives.pdf.

Reconociendo los efectos sanitarios y ambientales transfronterizos de la calina (que tiene su origen fundamentalmente en incendios forestales y terrestres recurrentes en Indonesia y Brunei Darussalam), el Acuerdo, en su artículo 2, alienta la cooperación regional e internacional para prevenir y vigilar la contaminación atmosférica transfronteriza. Aunque adopta el principio preventivo y dispone que los Estados deben identificar y vigilar las zonas propensas a incendios y tomar las medidas preventivas necesarias, el Acuerdo no define las medidas ni establece normas específicas. En consonancia con el enfoque de cooperación de la ASEAN, el Acuerdo contiene disposiciones relativas al intercambio de información y tecnología, el desarrollo de un sistema regional de alerta temprana y la asistencia mutua. Establece un Centro de Coordinación de la ASEAN para el control de la contaminación por la calina transfronteriza con objeto de facilitar esa cooperación y coordinación en la gestión de los efectos de los incendios. Sin embargo, por cuanto refleja un acento tradicional en la soberanía, el Acuerdo dispone que una parte debe solicitar esa asistencia o consentir en ella, no obstante los efectos transfronterizos. Aunque el Acuerdo adolece, en última instancia, de problemas de cumplimiento, debido a la ausencia de disposiciones sobre la vigilancia y la aplicación y la no participación del principal actor destinatario, trata de superar algunos de los obstáculos a la aplicación; por ejemplo, establece un Fondo de la ASEAN para el Control de la Contaminación por la Calina Transfronteriza con objeto de atender a la cuestión de la capacidad financiera. Crea asimismo un organismo intergubernamental, la Conferencia de las Partes, para evaluar la aplicación y aprobar protocolos o enmiendas, según sea necesario. En general, se puede decir que el Acuerdo representa un enfoque más concreto y de orientación jurídica para encarar el problema de la calina⁸⁵.

36. Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. El Convenio tiene por objeto proteger la salud humana y el medio ambiente contra los riesgos planteados por los contaminantes orgánicos persistentes, sustancias químicas de propiedades tóxicas, resistentes a la degradación, que se bioacumulan en la cadena alimentaria. El PNUMA inició negociaciones en atención a los llamamientos en pro de una acción mundial, a la luz de las pruebas científicas sobre los efectos nocivos de esos contaminantes y su capacidad para recorrer grandes distancias a través del aire y el agua. El Convenio, que tiene presente el criterio de precaución, obliga a las partes a eliminar o reducir la producción y el uso de 12 productos químicos orgánicos persistentes (plaguicidas, productos químicos industriales y contaminantes orgánicos persistentes producidos de forma no intencional). Otros elementos fundamentales son la obligación de prohibir o restringir la importación y exportación de los productos químicos orgánicos persistentes enumerados; el desarrollo y la utilización de productos sustitutivos más seguros; la ordenación ambientalmente racional de las existencias

y los desechos; y la promoción de las mejores tecnologías alternativas y las mejores prácticas ambientales. En el Convenio se reconoce que la capacidad de los países en desarrollo para cumplir sus obligaciones dependerá de la transferencia de tecnología, recursos financieros y asistencia técnica de los países industrializados, y designa al Fondo para el Medio Ambiente Mundial como mecanismo financiero provisional para la prestación de asistencia. Las instituciones y los procedimientos establecidos por el Convenio tienen importancia, pues son la fuente de su flexibilidad y dinamismo. En las reuniones de la Conferencia de las Partes, el órgano de gobierno del Convenio, se lleva a cabo el examen periódico de la aplicación y se adoptan las enmiendas. En la primera reunión de la Conferencia de las Partes se decidió establecer un Comité de Examen de los Contaminantes Orgánicos Persistentes. Este órgano científico, que comprende 31 expertos, examina las propuestas de adiciones a la lista de productos químicos fiscalizados de acuerdo con el procedimiento establecido por el Convenio. En primer lugar, el Comité aplica los criterios de selección del Convenio con respecto a nuevos productos químicos orgánicos persistentes. En segundo lugar, si se cumplen todos los criterios, elabora un perfil de riesgo para evaluar si es probable que un producto químico, como resultado de su transporte a larga distancia en el medio ambiente, pueda tener importantes efectos adversos en la salud humana o el medio ambiente de tal magnitud que justifiquen la adopción de medidas en el plano mundial. En tercer lugar, prepara una evaluación de la gestión del riesgo, teniendo en cuenta las consideraciones socioeconómicas, y formula una recomendación a la Conferencia de las Partes, que adopta la decisión final. Hasta la fecha, la Conferencia de las Partes ha decidido incluir diez nuevas sustancias: nueve productos químicos en la cuarta reunión, celebrada en 2009, y el endosulfán en la reunión más reciente, celebrada en abril de 2011.

37. Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Aire. Este Acuerdo se firmó el 13 de marzo de 1991 con el fin de encarar el problema de la contaminación atmosférica transfronteriza, que es la fuente de la lluvia ácida. El elemento fundamental de este acuerdo bilateral son los compromisos de ambas partes de controlar la contaminación atmosférica transfronteriza. En el anexo I del Acuerdo se establecen los objetivos y plazos específicos para cada país respecto de las limitaciones de las emisiones de dióxido de azufre y óxido de nitrógeno, que afectan a los principales productos químicos que contribuyen a la lluvia ácida. El Acuerdo, que reafirma la jurisprudencia del asunto *Trail Smelter* y el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), establece un marco para examinar las preocupaciones comunes. El Acuerdo «aplica normas ambientales consuetudinarias, tales como la evaluación previa de las medidas, actividades y proyectos propuestos si es probable que causen una contaminación atmosférica transfronteriza significativa, la obligación de notificar al otro Estado de esas actividades o proyectos y las actividades o proyectos que puedan crear un riesgo sensible de daño transfronterizo y de consultar a pedido de la otra parte»⁸⁶. Es evidente que el sistema prevé un grado elevado de cooperación: se insta a la cooperación científica y técnica,

⁸⁵ Véanse Tan, «The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia»; y la ponencia presentada por Rodziana Mohamed Razali a la Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Asiática de Derecho Internacional, celebrada en Beijing el 28 de agosto de 2011, «The shortcomings of the ASEAN legal mechanisms to address transboundary haze pollution and proposal for improvement».

⁸⁶ Kiss y Shelton, *International Environmental Law*, pág. 572.

además de la vigilancia y la consulta en relación con las emisiones. A fin de facilitar la aplicación del Acuerdo y examinar sus avances, se estableció un Comité sobre la Calidad del Aire, de carácter bilateral permanente. La Comisión Mixta Internacional, un organismo establecido en el marco del Tratado de Aguas Fronterizas, de 1909⁸⁷, supervisa la actuación del Comité sobre la Calidad del Aire. La Comisión Mixta Internacional tiene una función importante en lo que respecta a la aplicación, pues cualquiera de las partes puede referirle una controversia. Además, la Comisión Mixta Internacional solicita la opinión del público e informa al respecto y expone el proceso al escrutinio público⁸⁸. En diciembre de 2000, se añadió al Acuerdo el Anexo sobre el Ozono, con el propósito de atender al problema de la contaminación atmosférica transfronteriza que causa niveles elevados de ozono troposférico. De conformidad con el Anexo sobre el Ozono, ambos países se comprometen a controlar y reducir sus emisiones de óxidos de nitrógeno y compuestos orgánicos volátiles (precursores de la formación del ozono troposférico), con el fin de establecer normas de calidad del aire del ozono en el largo plazo⁸⁹.

38. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. El Convenio de Viena fue el primer tratado multilateral relativo a un problema atmosférico mundial⁹⁰. Junto con el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y sus enmiendas, constituye el régimen jurídico aplicable a la protección de la capa de ozono estratosférica. Las negociaciones del tratado fueron iniciadas por el PNUMA en atención al acervo de pruebas científicas que indicaba que ciertas sustancias químicas de uso general, los clorofluorocarbonos, estaban destruyendo la capa de ozono. El tratado resultante, en la forma de un convenio marco, dio lugar a una obligación general de los Estados de adoptar medidas legislativas o administrativas adecuadas, como se indica en su preámbulo, para «proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos adversos resultantes de las modificaciones de la capa de ozono». El Convenio no establece objetivos específicos, ni menciona sustancias particulares a las que se han de aplicar medidas (pues se limita a enumerar en un anexo las sustancias que se estima inciden en la capa de ozono) ni tampoco da nacimiento a una obligación jurídica de reducir las emisiones de sustancias que agotan el ozono. La naturaleza de las medidas que se han de adoptar queda librada a la discreción de cada Estado Parte. En cambio, se hace hincapié en la cooperación para el intercambio de observaciones sistemáticas, la investigación,

la información y la tecnología, así como la cooperación en la formulación de «medidas, procedimientos y normas convenidos para la aplicación de este Convenio» (art. 2, párr. 2, apdo. c). Habida cuenta de la naturaleza mundial del problema, los redactores del tratado trataron de asegurar la participación de todos los países. Los redactores tuvieron en cuenta algunas de las reservas que los países en desarrollo podrían tener con respecto a los costos de la aplicación del tratado, en términos tanto de los costos de las tecnologías alternativas como de los efectos sobre el desarrollo. En consecuencia, además de una cláusula atenuada sobre la transferencia de tecnología (art. 4), se añadió una disposición a tenor de la cual las medidas deberían adoptarse «de conformidad con los medios de que dispongan y en la medida de sus posibilidades» (art. 2, párr. 2). Dado su carácter de marco elemental, el éxito del Convenio radicó en que echó las bases para la cooperación en el futuro y creó instituciones, a saber, la Conferencia de las Partes, que permitirían adaptarse en respuesta a nuevos datos científicos mediante los exámenes de la aplicación y la aprobación de nuevos protocolos o enmiendas. También plasmó un criterio más bien de precaución en los tratados relativos al medio ambiente, dado que los efectos del agotamiento del ozono y los efectos nocivos de los rayos ultravioleta eran todavía de carácter teórico.

39. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. El Protocolo de Montreal obliga a las Partes a limitar la producción y el consumo de clorofluorocarbonos y halones, las sustancias más importantes que agotan el ozono. El Protocolo fue suscrito en respuesta a una evaluación internacional del PNUMA y de la OMM motivada por el descubrimiento de un «agujero» en la capa de ozono sobre la Antártida. La evaluación reveló que los niveles de producción de clorofluorocarbonos culminarían en un peligroso agotamiento del ozono, lo que indicaba la necesidad de formular objetivos firmes con miras a reducir las emisiones de sustancias que agotan el ozono⁹¹. En virtud del Protocolo de Montreal, los países industrializados debían congelar la producción y el consumo de clorofluorocarbonos en los niveles de 1986 (el año base), para reducirlos a la mitad para 1999, y congelar el consumo de halones en los niveles de 1986. El Protocolo también estableció una Reunión de las Partes encargada de realizar observaciones sistemáticas de la capa de ozono y responder a los nuevos avances científicos mediante la introducción, en su caso, de obligaciones jurídicas adicionales para los Estados, un componente clave de su éxito. Se introdujeron enmiendas en 1989 (Helsinki), 1990 (Londres)⁹², 1992 (Copenhague)⁹³, 1997 (Montreal)⁹⁴ y 1999 (Beijing)⁹⁵. Las enmiendas, a más

⁸⁷ Charles I. Bevans (ed.), *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, pág. 319.

⁸⁸ Bui y Feng, «The International Joint Commission's role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future», pág. 129.

⁸⁹ Actualmente se está negociando un anexo complementario sobre materia particulada.

⁹⁰ El primer instrumento multilateral fue el Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua, de 1963, inspirado por el riesgo mundial de precipitación radiactiva de la atmósfera. Cabe recordar el histórico discurso del Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy (el discurso de inicio del curso en la American University, el 10 de junio de 1963), en el que anunció su apoyo al Tratado: «[T]odos vivimos en este pequeño planeta. Todos respiramos el mismo aire. Todos apreciamos el futuro de nuestros hijos» (*Department of State Bulletin*, vol. XLIX, núm. 1253, 1 de julio de 1963).

⁹¹ Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development*; Sands, *Principles of International Environmental Law*, pág. 575.

⁹² Proyectos de ajustes y enmiendas del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1598, núm. 26369, pág. 469, y *Diario Oficial de la Unión Europea* L 377, 31 de diciembre de 2012.

⁹³ Ajustes de los artículos 2A y 2B del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, *ibíd.*, vol. 1785, núm. 26369, pág. 517.

⁹⁴ PNUMA, UNEP/OzL.Pro.9/12.

⁹⁵ Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2173, núm. 26369, pág. 183.

de acelerar la eliminación de varias sustancias y añadir nuevas sustancias, también versaron sobre las importantes cuestiones de la participación de los países en desarrollo, el incumplimiento y los Estados no partes. Las enmiendas de Londres fueron particularmente importantes porque reforzaron el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Se enmendó el párrafo 6 del preámbulo para incluir una referencia a la necesidad de tener en cuenta «las necesidades que en materia de desarrollo tienen los países en desarrollo». Por otra parte, el anterior artículo 5, que establecía un período de cumplimiento de 10 años para los países cuyo consumo de clorofluorocarburos fuera inferior a 0,3 kg per cápita (básicamente los países en desarrollo) fue reemplazado con un nuevo artículo 5, en el que se reconoció que el cumplimiento por parte de los países en desarrollo dependería de la asistencia financiera y la transferencia de tecnología⁹⁶. Por otra parte, el artículo 10 establece un fondo multilateral financiado voluntariamente por las Partes que no operen al amparo del artículo 5 para ayudar a los países en desarrollo a financiar los costos de cumplimiento. En lo que respecta al incumplimiento, el Protocolo de Montreal se ha basado en la aplicación moderada, haciendo hincapié en un enfoque de facilitación y promoción. Las Partes con dificultades pueden acudir ante un comité de aplicación, voluntariamente o a pedido de otra Parte o de la secretaria. Recurre a medidas como el suministro de financiación del Fondo para el Medio Ambiente Mundial⁹⁷, la asistencia técnica o las advertencias, principalmente con miras a velar por que las partes cumplan con los requisitos de presentación de datos. El Protocolo ha tratado el problema de los Estados que no son partes mediante un enfoque de aplicación estricta. Aplica medidas restrictivas del comercio, a saber, la prohibición del intercambio comercial con Estados que no sean partes respecto de sustancias controladas o productos que las contengan y el control del comercio ilícito de clorofluorocarbonos, por medio de un sistema de concesión de licencias de importación y exportación, que proporciona incentivos para que esos Estados se adhieran al Protocolo y observen su normativa. El Protocolo puede ser considerado un éxito, por cuanto ha sido ampliamente adoptado y aplicado y la producción mundial de clorofluorocarbonos ha disminuido desde el año pico de 1998. Al propio tiempo, se lo debe examinar en el marco más general de la protección de la atmósfera. Algunos productos sustitutivos de los clorofluorocarbonos son gases de efecto invernadero, lo que demuestra la necesidad de coordinar esfuerzos con el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático⁹⁸.

40. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. La Asamblea General comenzó a intensificar sus esfuerzos para abordar el cambio climático en 1988 y aprobó una resolución en la que reconoció

⁹⁶ Enmienda al Protocolo de Montreal, aprobada por la Segunda Reunión de las Partes, Londres, 27 a 29 de junio de 1990 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 377, 31 de diciembre de 1991).

⁹⁷ Peter H. Sand, «Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3 (1999), págs. 363 a 388.

⁹⁸ Véase PNUMA, *Environmental Effects of Ozone Depletion and its Interactions with Climate Change: 2010 Assessment* (Nairobi, 2010). Puede consultarse en www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010.

que los cambios climáticos constituían una preocupación común de la humanidad (véase la resolución de la Asamblea General 43/53, de 6 de diciembre de 1988). Al año siguiente, en reconocimiento de la necesidad de adoptar medidas para controlar las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero, estableció el comité intergubernamental de negociación para negociar un tratado con destino a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se celebraría en 1992. De manera muy similar al Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático no establece compromisos cuantitativos de limitar los gases de efecto invernadero. En el artículo 2 el objetivo se expresa en términos generales, a saber: «la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático». No existe un compromiso expreso de retrotraer las emisiones de gases de efecto invernadero a los niveles de 1990 para el año 2000, sino únicamente el reconocimiento nominal de una meta a tal efecto. La Convención establece una serie de principios fundamentales para guiar la acción internacional encaminada a hacer frente al cambio climático (muchos de los principios se reflejan también en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁹⁹ y en el Programa 21), incluido el principio de equidad y de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, el desarrollo sostenible, la eficacia en función de los costos y las medidas de precaución (art. 3). Asimismo, se consignan los compromisos esenciales asumidos por las Partes. Cada una de las Partes que son países desarrollados (anexo I) «adoptará políticas nacionales y tomará las medidas correspondientes de mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y protegiendo y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero» (art. 4, párr. 2, apdo. a). Con el fin de promover la aplicación, se dispone que cada una de esas Partes «presentará, con arreglo al artículo 12, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la Convención para esa Parte y periódicamente de allí en adelante, información detallada acerca de las políticas y medidas [...] así como acerca de las proyecciones resultantes con respecto a las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal» (art. 4, párr. 2, apdo. b). En su conjunto, la Convención constituye un sólido marco para el futuro examen de la cuestión; crea una Conferencia de las Partes y le confiere un mandato suficientemente amplio —que incluye el examen de la aplicación y la aprobación de protocolos— para instituir obligaciones específicas.

41. El Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El Protocolo de Kyoto se negoció después de la primera Conferencia de las Partes, celebrada en Berlín (el Mandato de Berlín), que puso de manifiesto la insuficiencia de los compromisos asumidos en el artículo 4 de la Convención. El Protocolo estableció objetivos cuantificados de reducción de las emisiones y adoptó un calendario concreto para

⁹⁹ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase la nota 52 *supra*), A/CON.151/26/Rev.1, resolución 1, anexo I.

su consecución. Su mayor logro fue el compromiso de los países desarrollados (las Partes incluidas en el anexo I) de reducir sus emisiones de seis gases de efecto invernadero (dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hexafluoruro de azufre, hidrofluorocarbonos y perfluorocarbonos) en una cantidad específica, con el fin de reducir el total de sus emisiones agregadas de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre 2008 y 2012 (art. 3, párr. 1). Las Partes podrían cumplir sus compromisos de diversas maneras, incluidas, entre otras, el fomento de la eficiencia energética, la protección y mejora de los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero y la promoción de modalidades agrícolas sostenibles (art. 2, párr. 1, apdo. a). Es importante observar que a los países en desarrollo no se les asignaron compromisos de limitación y reducción de emisiones, habida cuenta del concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Este principio también se reflejó en las disposiciones que requieren la transferencia de tecnología y la asistencia financiera. Se prestó especial atención a los países más vulnerables al cambio climático, incluidos los pequeños Estados insulares en desarrollo, los países con zonas costeras bajas, los países con zonas propensas a los desastres naturales y a los países con zonas expuestas a la sequía y la desertificación (art. 4, párr. 8). El Protocolo de Kyoto se distingue particularmente por varias de las innovaciones que introdujo. El acuerdo incluye tres «mecanismos de flexibilidad», los mecanismos de mercado cuyo objetivo, en primer lugar, es lograr la aplicación eficaz en función de los costos de los compromisos de reducción de emisiones y, en segundo lugar, alentar la participación generalizada. Según el artículo 4, las Partes incluidas en el anexo I pueden cumplir conjuntamente sus compromisos de limitación de las emisiones. Los primeros dos mecanismos —los mecanismos de aplicación conjunta y desarrollo limpio— se basan en proyectos. En el contexto de la aplicación conjunta, un país desarrollado puede adquirir unidades de reducción de emisiones mediante la inversión en un proyecto de reducción de emisiones en otro país desarrollado (art. 6). En el marco del mecanismo para un desarrollo limpio, el único mecanismo de flexibilidad en el que participan los países en desarrollo, las Partes que son países desarrollados pueden obtener créditos de reducción de emisiones comercializables mediante la inversión en proyectos de reducción o limitación de emisiones en los países en desarrollo con el fin de estimular el desarrollo sostenible (art. 12). El mecanismo es supervisado por una junta ejecutiva, y la reducción de emisiones resultantes de los proyectos debe ser certificada por las entidades operacionales designadas (art. 12, párr. 4). El tercer mecanismo se refiere al comercio internacional de derechos de emisión. Los permisos se asignan a cada Parte de acuerdo con sus obligaciones de limitación de las emisiones; los permisos de emisión no utilizados se pueden enajenar a otras Partes en el «mercado del carbono» (art. 17)¹⁰⁰. Las normas sobre supervisión son importantes para promover la observancia del régimen. Las Partes incluidas en el anexo I deben establecer sistemas nacionales que permitan la estimación de las emisiones antropógenas por fuentes y de la absorción por los sumideros (art. 5), así como los inventarios

¹⁰⁰ Según Rowlands, la introducción de estos instrumentos de mercado en los regímenes ambientales es importante, «pues representa una mayor mercantilización del entorno internacional» («Atmosphere and outer space», pág. 332).

anuales para incorporar la información suplementaria necesaria para demostrar el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del Protocolo (art. 7, párr. 2). En el séptimo período de sesiones de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco, celebrado en Marrakech (Marruecos) en 2001, se convino en que no se podía depender del enfoque de promoción establecido por el Protocolo de Montreal para asegurar el cumplimiento por las Partes incluidas en el anexo I. En consecuencia, se adoptó un enfoque de control del cumplimiento y se estableció un mecanismo con arreglo al cual un grupo de control del cumplimiento examinaría los casos de incumplimiento por parte de los países incluidos en el anexo I¹⁰¹ y se impuso una sanción equivalente a 1,3 veces la cantidad de las emisiones excedentarias de sus respectivos compromisos. La sanción debía añadirse a los compromisos de la Parte para el segundo período de compromiso¹⁰². Desde que el primer período de compromiso llegó a su fin en 2012, el 17.º período de sesiones de la Conferencia de las Partes (Conferencia de Durban), en 2011, decidió ocuparse del contenido de un segundo período de compromiso que comenzaría en 2013. Sin embargo, el Canadá, la Federación de Rusia y el Japón señalaron claramente que no tenían intención de asumir obligaciones en el segundo período de compromiso. El Canadá anunció el 12 de diciembre de 2011 que se retiraría del Protocolo de Kyoto en su totalidad. La Conferencia de Durban decidió, además, «iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal» que fuera «aplicable a todas las Partes»¹⁰³, y que se aprobaría a más tardar en 2015 y entraría en vigor a partir de 2020. La 18.ª Conferencia de las Partes (Conferencia de Doha), en 2012, aprobó oficialmente una enmienda del Protocolo de Kyoto, que contiene los compromisos de las Partes del anexo I durante el segundo período de compromiso (2013-2020), pero algunos países desarrollados decidieron que sus compromisos no se consignaran en la enmienda¹⁰⁴. Durante el 19.º período de sesiones de la Conferencia de las Partes (Conferencia de Varsovia), en 2013, las Partes deliberaron sobre los elementos de un acuerdo que se aprobaría en el 21.º período de sesiones de la Conferencia de las Partes, que se celebraría en París en 2015. La Conferencia de Varsovia decidió invitar a todas las Partes a que elaboraran sus contribuciones determinadas a nivel nacional y a que las comunicaran con antelación suficiente al 21.º período de sesiones, sin perjuicio de la naturaleza jurídica de las contribuciones¹⁰⁵.

2. JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

42. Hay diversas decisiones judiciales de las cortes y los tribunales internacionales que es preciso examinar cuidadosamente en el curso del estudio abordado en el presente informe. El asunto *Trail Smelter*¹⁰⁶ sentó las

¹⁰¹ Véase FCCC/CP/2001/13/Add.3, decisión 24/CP.7, anexo. La decisión fue adoptada por la primera reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, los días 9 y 10 de diciembre de 2005.

¹⁰² Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pág. 174.

¹⁰³ Cabe señalar que ya no se hace referencia al principio de «responsabilidades comunes pero diferenciadas».

¹⁰⁴ Véase FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, decisión 1/CMP.8.

¹⁰⁵ Véase FCCC/CP/2013/10/Add.1, decisión 1/CP.19.

¹⁰⁶ Véase la nota 39 *supra*.

bases para el derecho sobre la contaminación atmosférica transfronteriza. Tras el arbitraje del asunto, los casos *Nuclear Tests* (Australia c. Francia y Nueva Zelandia c. Francia)¹⁰⁷, entablados ante la Corte Internacional de Justicia, suscitaron un vivo debate sobre la posible contaminación atmosférica. Además, la Corte, en su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, de 1996, mencionó la obligación de los Estados de abstenerse de causar daños importantes en el medio ambiente en razón de su contaminación transfronteriza, incluida la contaminación atmosférica¹⁰⁸. Aunque no directamente relacionado con la contaminación de la atmósfera, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría c. Eslovaquia)¹⁰⁹, de 1997, se abordó la cuestión del daño ambiental con una perspectiva más amplia. En su fallo *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay)¹¹⁰, dictado en abril de 2010, la Corte se refirió en parte a la cuestión de la presunta contaminación del aire (en relación con el medio acuático fluvial). Además, el caso *Aerial Herbicide Spraying* (Ecuador c. Colombia)¹¹¹, entablado ante la Corte en 2008, aunque luego se llegó a una avenencia y se desistió de la acción, también tuvo relación con el tema. El asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*¹¹², entablado ante la OMC en 1996, planteó la importante cuestión de la compatibilidad del derecho interno de un país (en este caso, la Ley del aire puro, de los Estados Unidos, de 1990) con las disposiciones sobre comercio de la OMC/GATT. Otra decisión de interés es la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de diciembre de 2011, en el asunto *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*¹¹³, que confirmó la validez de la Directiva de la UE por la que se incluyen las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero¹¹⁴. La decisión podría ser impugnada por los Estados Unidos (y posiblemente por China) ante la OMC, lo que revela los conflictos entre comercio y medio ambiente. Tal vez sea apropiado en el presente informe hacer una reseña preliminar de cada uno de esos asuntos en la medida en que sea pertinente al tema de la protección de la atmósfera.

43. **Asunto Trail Smelter.** El litigio se refería a daños transfronterizos en el estado de Washington (Estados Unidos), causados por las operaciones de fundición en

Trail, Columbia Británica (Canadá). En la fundición, se calcinaban menas de zinc y plomo para extraer sus metales. En ese proceso, las menas, que también contenían azufre, descargaban dióxido de azufre en la atmósfera. Debido a las condiciones físicas y meteorológicas imperantes en la zona, las nubes de dióxido de azufre de la fundición se desplazaban hacia el sur en dirección de los Estados Unidos y causaban graves daños a cultivos, madera, pastos, ganado y edificios. El tribunal arbitral establecido de conformidad con la Convención de 1935 para el arreglo de controversias derivadas de la operación de la fundición de Trail¹¹⁵ debía, de conformidad con el artículo IV de la Convención, aplicar «el derecho y la práctica en la adjudicación de asuntos similares en los Estados Unidos de América, así como el derecho y la práctica internacionales, y tener en cuenta la voluntad de las Altas Partes Contratantes de llegar a una solución justa para todas las partes interesadas». Un pasaje del laudo citado a menudo reza que

con arreglo a los principios de derecho internacional, así como del derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de manera que cause perjuicios por emanaciones en el territorio de otro Estado o a dicho territorio, ni a los bienes o personas que en él se encuentren, cuando el asunto sea de gran trascendencia y los perjuicios estén demostrados por pruebas claras y convincentes¹¹⁶.

El asunto *Trail Smelter* era un tipo tradicional de litigio de contaminación atmosférica transfronteriza, en el que la causa del daño y sus efectos eran suficientemente identificables. La decisión se cita con frecuencia en apoyo de la opinión de que, conforme al derecho internacional, los Estados están obligados a velar por que las actividades dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños transfronterizos cuando el perjuicio sea previsible, sobre la base de pruebas claras y convincentes¹¹⁷. El criterio de valoración de la prueba se establecerá sobre la base de la probabilidad empírica. Es importante señalar que el tribunal afirmó el principio preventivo sustentado en la prueba científica y que adoptó el régimen correspondiente para mantener un cierto nivel de emisiones. El valor jurisprudencial del laudo, sin embargo, no se puede aplicar enteramente sin reservas¹¹⁸: si bien el tribunal se sustentó en los principios del derecho de los Estados Unidos de conformidad con la cláusula compromisoria, los principios que se mencionan en el laudo, tales como molestia, intromisión y responsabilidad objetiva, no se pueden asimilar fácilmente a los que se consideran principios establecidos del derecho internacional en todas las circunstancias¹¹⁹. La importancia del laudo arbitral radica en la capacidad del tribunal para lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de la industria y la agricultura¹²⁰, y, por analogía, entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, que está en consonancia con el concepto moderno de desarrollo sostenible.

¹⁰⁷ Fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253 y 457, respectivamente. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 133 y 134, respectivamente.

¹⁰⁸ *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.

¹⁰⁹ Fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 1.

¹¹⁰ Véase la nota 30 *supra*.

¹¹¹ Providencia de 13 de septiembre de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 278.

¹¹² OMC, Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996.

¹¹³ Fallo (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, *European Court Reports 2011*.

¹¹⁴ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 8, 13 de enero de 2009).

¹¹⁵ Firmada en Ottawa, el 15 de abril de 1935 (UNRIAA, vol. III, pág. 1907).

¹¹⁶ *Ibíd.*, pág. 1965; Kuhn, «The Trail Smelter arbitration, United States and Canada»; Read, «The Trail Smelter dispute».

¹¹⁷ UNRIAA, vol. III, pág. 1965.

¹¹⁸ Madders, «Trail Smelter arbitration», pág. 903.

¹¹⁹ Rubin, «Pollution by analogy: the Trail Smelter arbitration».

¹²⁰ Handl, «Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited».

44. **Casos Nuclear Tests.** Australia pidió a la Corte Internacional de Justicia en su escrito que juzgue y declare que la realización de otras pruebas nucleares atmosféricas en el Océano Pacífico Sur no es compatible con las normas aplicables del derecho internacional y que ordene que la República Francesa no lleve a cabo más pruebas de este tipo¹²¹. Si bien aprobó medidas provisionales el 22 de junio de 1973, la Corte falló el 20 de diciembre de 1974. Decidió que el objetivo que pretendían los demandantes, es decir, la cesación de los ensayos nucleares, se había logrado gracias a las declaraciones francesas de no continuar las pruebas atmosféricas y que la Corte, por lo tanto, no había sido llamada a pronunciarse sobre las pretensiones expuestas por los demandantes¹²². Cabe señalar que Australia entabló su acción con objeto de proteger, no solo sus propios intereses jurídicos, sino también los intereses de otros Estados, pues consideraba que los ensayos nucleares franceses constituían una violación de la libertad de la alta mar. Su escrito afirmaba, entre otras cosas, que

[e]l mar no es estático; sus sistemas biológicos son complejos y están estrechamente relacionados entre sí. Es evidente, pues, que nadie puede decir que la contaminación —especialmente la contaminación relacionada con la radiactividad— en un lugar no puede llegar a tener consecuencias en otro lugar. En verdad, no estaría en consonancia con la función de la Corte para proteger por medios judiciales los intereses de la comunidad internacional, si hiciera caso omiso de consideraciones de esta índole¹²³.

A este respecto, en el voto conjunto en disidencia de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock se señaló lo siguiente:

En lo que concierne al derecho de Australia de no estar expuesta a ensayos atmosféricos, derecho que afirma poseer en común con otros Estados, la cuestión de «interés jurídico» nos parece nuevamente que forma parte de la cuestión jurídica general que constituye el fondo del asunto. Si los elementos de prueba producidos por Australia debían convencer a la Corte de la existencia de una norma general de derecho internacional que prohíbe los ensayos nucleares en la atmósfera, la Corte tendría que pronunciarse al mismo tiempo sobre el carácter y el contenido precisos de esa norma y, en particular, sobre la cuestión relativa a saber si esa norma confiere a todos los Estados el derecho de interponer individualmente una acción para hacer observar esa norma. En suma, la cuestión del «interés jurídico» no se puede desvincular de la cuestión jurídica sustantiva relativa a la existencia y el alcance de la norma de derecho internacional consuetudinario que se alega. Aunque admitimos que la existencia de una *actio popularis* en derecho internacional es discutible, las observaciones hechas por esta Corte en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* [segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, en pág. 32] son suficientes para demostrar que la cuestión se puede considerar susceptible de ser objeto

de una argumentación jurídica racional y de ser presentada válidamente ante la Corte¹²⁴.

45. **Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*.** En esta opinión consultiva, solicitada por la Asamblea General en 1996, la Corte Internacional de Justicia preguntó si el empleo de armas nucleares daría lugar a daños al medio ambiente, incluido presumiblemente el medio atmosférico. La Corte reconoció que

el medio ambiente es objeto diario de amenazas y que el empleo de armas nucleares podría constituir una catástrofe a su respecto [y] [...] que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluidas las generaciones por nacer. La existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios sometidos a su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente¹²⁵.

Sin embargo, matizó su posición diciendo lo siguiente:

La Corte no considera que con estos tratados se haya pretendido privar a un Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa con arreglo al derecho internacional a causa de sus obligaciones de proteger el medio ambiente. Ahora bien, los Estados deben tener en cuenta el aspecto ambiental al evaluar lo que es necesario y proporcionado en la persecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que han de considerarse al evaluar si una acción se ajusta a los principios de la necesidad y la proporcionalidad¹²⁶.

La Corte señaló además que:

El párrafo 3 del artículo 35 y el artículo 55 del Protocolo Adicional I aportan una ulterior protección al medio ambiente. En conjunto, esas disposiciones encierran una obligación general de proteger el medio ambiente natural contra daños ambientales extendidos, a largo plazo y graves; la prohibición de métodos y medios bélicos que tengan por objeto causar esos daños o de los que cabe esperar que los causen; y la prohibición de ataques contra el medio ambiente natural por vía de represalias. Estas son grandes limitaciones para todos los Estados que hayan suscrito estas disposiciones¹²⁷.

En su voto particular en disidencia, el magistrado Weeramantry se refirió con detalle a los efectos de las armas nucleares, especialmente los daños al medio ambiente, los ecosistemas y las generaciones por nacer¹²⁸.

46. **Caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.** Este caso versaba esencialmente sobre la utilización de un curso de agua internacional y no estaba directamente relacionado con la atmósfera. La Corte Internacional de Justicia, no obstante, se refirió a varias cuestiones relacionadas con el tema, cuyas conclusiones también podrían ser aplicables a la protección de la atmósfera. Si bien Hungría adujo esencialmente un «estado de necesidad ecológica» para justificar la suspensión o el abandono de ciertas obras necesarias para la construcción de las represas planificadas, Eslovaquia sostuvo que el presunto estado de necesidad no había existido y que, en todo caso, no constituía una razón para suspender las obligaciones de la parte

¹²¹ Escrito sobre competencia y admisibilidad presentado por Australia, *I.C.J. Pleadings*, págs. 338 a 342, párrs. 462 a 485.

¹²² Casos *Nuclear Tests* (Australia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 99, y fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253; y *Nuclear Tests* (Nueva Zelanda c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 135, y fallo, *ibíd.*, pág. 457; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 120, 121, 133 y 134, respectivamente. Véanse Thierry, «Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice»; Franck, «Word made law: the Decision of the ICJ in the *Nuclear Tests* cases»; Lellouche, «The International Court of Justice. The *Nuclear Tests* cases: judicial silence v. atomic blasts»; McWhinney, «International law-making and the judicial process: the World Court and the French *Nuclear Tests* case»; Sur, «Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.»; MacDonald y Hough, «The *Nuclear Tests* case revisited».

¹²³ Escrito sobre competencia y admisibilidad presentado por Australia, *I.C.J. Pleadings*, vol. I, pág. 337, párr. 459.

¹²⁴ *I.C.J. Reports 1974*, págs. 370 y 317, párr. 117.

¹²⁵ *I.C.J. Reports 1996*, págs. 241 y 242, párr. 29.

¹²⁶ *Ibíd.*, pág. 242, párr. 30.

¹²⁷ *Ibíd.*, párr. 31.

¹²⁸ *Ibíd.*, pág. 433. Véanse Brown Weiss, «Opening the door to the environment and to future generations»; y Momtaz, «The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice».

dimanadas del tratado. La Corte apoyó la última posición. Con respecto a las medidas adoptadas por Eslovaquia para desviar las aguas, la Corte llegó a la conclusión de que no se podían considerar contramedidas legítimas y, por lo tanto, que Eslovaquia no tenía derecho a poner en funcionamiento las obras de desviación¹²⁹. En el curso de las actuaciones, Hungría presentó varios argumentos en apoyo de la licitud de su acción, incluida la imposibilidad de aplicar el Acuerdo de 1977¹³⁰ (debido en parte a los imperativos ecológicos), un cambio fundamental en las circunstancias (debido en parte a los avances del conocimiento ecológico) y el desarrollo de nuevas normas y prescripciones en el derecho ambiental internacional. Sin embargo, la Corte, al desestimar el argumento de Hungría, se fundó en gran medida en el derecho de los tratados consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el derecho sobre la responsabilidad del Estado reflejado en el proyecto de artículos de la Comisión, de 2001¹³¹, y no en los principios y normas del derecho internacional ambiental¹³². Cabe mencionar que el magistrado Weeramantry examinó extensamente el concepto de desarrollo sostenible en su voto particular concurrente¹³³.

47. Caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. En este caso, que principalmente versaba sobre la calidad del agua del río, la Corte Internacional de Justicia se refirió en parte a la cuestión de la presunta contaminación atmosférica en la medida en que era pertinente al medio acuático fluvial¹³⁴. La Argentina sostuvo que las emisiones de las chimeneas de la planta habían depositado sustancias con efectos nocivos en el medio acuático. La Corte, sin embargo, consideró que «las constancias del expediente no presentan ninguna prueba clara de que se hayan introducido sustancias con efectos nocivos en el medio acuático del río por medio de las emisiones de la planta en la atmósfera»¹³⁵. Lo que llama la atención en el fallo es que la Corte desestimó virtualmente todos los argumentos aducidos por la Argentina sobre la presunta violación por el Uruguay de las obligaciones sustantivas de este último, en razón de la falta de pruebas, con exiguo análisis de las cuestiones de fondo. El fallo fue criticado en un voto conjunto en disidencia y en un voto particular concurrente, así como en una declaración de que la Corte debería haber recurrido a métodos inquisitivos (tales como encomendar una investigación a una comisión) y no debería haberse fundado únicamente en las pruebas

producidas por las partes¹³⁶. Una de las características distintivas de las controversias ambientales, como el asunto que se examina, es que muchas veces tienen una gran densidad fáctica. En consecuencia, la reunión y evaluación de pruebas científicas son cruciales. Así pues, el caso plantea el interrogante relativo a saber qué función debiera asumir la Corte en la evaluación de la prueba técnico-científica cuando dirime litigios ambientales.

48. Caso *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador c. Colombia)*. Este caso versó directamente sobre la presunta contaminación atmosférica transfronteriza. En marzo de 2008, el Ecuador interpuso una demanda contra Colombia en relación con «las aspersiones con herbicidas tóxicos en lugares ubicados cerca de la frontera, en la frontera propiamente dicha y del otro lado de su frontera con el Ecuador»¹³⁷. En su demanda, el Ecuador afirmó que «[l]as aspersiones ya han ocasionado serios daños a las personas, los cultivos, los animales y el entorno natural del lado ecuatoriano de la frontera, y presentan un riesgo grave de seguir produciendo más daños en el futuro», y solicitó que la Corte Internacional de Justicia «declare y resuelva que: a) Colombia ha violado sus obligaciones en virtud del derecho internacional al causar o permitir que se posen en el territorio del Ecuador herbicidas tóxicos que han provocado daños a la salud humana, a las propiedades y al medio ambiente; b) Colombia indemnizará al Ecuador por cualquier pérdida o daño causado por sus actos contrarios al derecho internacional, a saber, el uso de herbicidas, incluso por medio de aspersiones aéreas»¹³⁸. Sin embargo, el asunto fue retirado de la lista de la Corte el 13 de septiembre de 2013 a petición del Ecuador, por cuanto se había llegado a un acuerdo entre las partes, entre otras cosas, en relación con la cesación de las fumigaciones aéreas de Colombia y la creación de una comisión mixta.

49. Asunto *Estados Unidos: Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. En este asunto, interpuesto ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (1996), se plantearon diversas cuestiones importantes en relación con la protección de la atmósfera. Fue el primer asunto en que se recurrió a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC¹³⁹. En este asunto, el Brasil y la República Bolivariana de Venezuela solicitaron que el Órgano de Solución de Diferencias examinara la compatibilidad de la Ley de Protección de la Calidad del Aire y los «métodos para la determinación de la línea de base» de la Reglamentación sobre Gasolinas, promulgada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos, con las normas pertinentes de la OMC. La Ley de Protección de la Calidad del Aire y sus reglamentos tienen por objeto prevenir y controlar la contaminación de la atmósfera en los Estados Unidos mediante el establecimiento de normas sobre la calidad de la gasolina y las emisiones de los vehículos automotores. En virtud

¹²⁹ Véanse los párrafos 82 a 87 *infra*.

¹³⁰ Acuerdo de asistencia mutua relativa a la construcción del sistema de esclusas de Gabčíkovo-Nagymaros entre Checoslovaquia y Hungría, firmado en Budapest el 16 de septiembre de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1724, núm. 30074, pág. 119.

¹³¹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párr. 26.

¹³² Véase «Symposium: the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8 (1997), págs. 3 a 118; Malgosia Fitzmaurice, «The Gabčíkovo-Nagymaros case: the law of treaties»; Lefeber, «The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the law of state responsibility».

¹³³ *I.C.J. Reports 1997*, pág. 88.

¹³⁴ *I.C.J. Reports 2010*, págs. 100 y 101, párrs. 263 y 264. La cuestión se planteó en las actuaciones orales. Véase también la audiencia pública del 8 de junio de 2006, CR 2006/47, párrs. 22, 28 y 34.

¹³⁵ *I.C.J. Reports 2010*, pág. 101, párr. 264.

¹³⁶ Véanse el voto conjunto en disidencia de los magistrados Al-Khasawneh y Simma, *ibíd.*, págs. 108 y ss., párrs. 1 a 6; el voto particular concurrente del magistrado Cançado-Trindade, *ibíd.*, pág. 191, párr. 151; y la declaración del magistrado Yusuf, *ibíd.*, pág. 216 y ss., párrs. 1 a 14.

¹³⁷ Demanda del Ecuador, 31 de marzo de 2008.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Véase, en general, Murase, «Unilateral measures and the WTO dispute settlement».

de la enmienda de la Ley de 1990, se promulgaron nuevas reglamentaciones sobre las emisiones por vehículos automotores de contaminantes tóxicos del aire y compuestos orgánicos volátiles ozonogénicos, para mejorar la calidad del aire en las zonas más contaminadas del país. Las nuevas reglamentaciones se aplicaban a los refinadores, mezcladores e importadores estadounidenses. Reconociendo que el aire puro era un recurso natural agotable, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los métodos de establecimiento de líneas de base no eran compatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT, ni podían justificarse al amparo de lo dispuesto en los apartados *b*, *d* y *g* de su artículo XX. El Grupo Especial constató que la gasolina importada y la gasolina nacional eran «productos similares» y que el trato acordado a la gasolina importada era menos favorable que el concedido a la gasolina de origen nacional. Los Estados Unidos apelaron ante el Órgano de Apelación y arguyeron que el Grupo Especial había incurrido en error al declarar que la línea de base no constituía una medida relativa a la conservación de la calidad del aire puro en el sentido del apartado *g* del artículo XX del GATT. El Órgano de Apelación constató que la Reglamentación sobre Gasolinas de los Estados Unidos estaba comprendida en el ámbito de la excepción del apartado *g* del artículo XX, pero que la medida de los Estados Unidos constituía una discriminación «arbitraria» o «injustificable» o una «restricción encubierta» al comercio internacional y, por lo tanto, no cumplía las prescripciones del preámbulo del artículo XX. Por ende, el asunto demostraba un conflicto entre una ley nacional para la protección de la calidad del aire y un régimen internacional de libre comercio, en el que el Órgano de Apelación decidió a favor de este último.

50. Asunto *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*. La sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en diciembre de 2011 en este asunto¹⁴⁰, afirmó la validez de la inclusión de las actividades de aviación en el régimen de comercio de emisiones de la UE dentro de la Directiva por la que se incluyen las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. La decisión podría ser apelada por Estados no europeos en otros foros, lo que revela el conflicto entre comercio y medio ambiente¹⁴¹.

¹⁴⁰ Véase Faber y Brinke, *The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*; Leggett, Elias y Shedd, *Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme*; Bartels, «The WTO legality of the Application of the EU emissions trading system to aviation».

¹⁴¹ Con respecto a posibles controversias en relación con el régimen de comercio de emisiones de la UE ante el Consejo de la OACI, véase Bae, «Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication». En cuanto a las actividades de la OACI para combatir el cambio climático en el ámbito de la aviación, véanse las resoluciones aprobadas durante el 38.º período de sesiones de la Asamblea de la OACI, en 2013, tituladas «Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente – Disposiciones generales, ruido y calidad del aire local» (resolución A38-17) y «Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente – Cambio climático» (resolución A38-18) (*Resoluciones vigentes de la Asamblea (al 4 de octubre de 2013)*, OACI, Montreal, 2014).

3. DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

a) Opinio juris y *práctica general*

51. Además de las convenciones multilaterales y bilaterales descritas *supra*, la práctica de los Estados y la bibliografía sobre el tema son abundantes. El laudo arbitral en el asunto *Trail Smelter*, citado con frecuencia, sigue siendo la jurisprudencia rectora en materia de contaminación atmosférica transnacional. Actualmente se estima que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno) aplicado en el laudo forma parte del derecho internacional consuetudinario, aunque con ciertos matices y condiciones. El principio está reconocido como derecho internacional consuetudinario en cuanto a la contaminación atmosférica transfronteriza entre países adyacentes en la medida en que la causa y el efecto se puedan demostrar con pruebas claras y convincentes. Todavía quedan cuestiones pendientes respecto de si el mismo principio se puede hacer extensivo al caso de la contaminación atmosférica a larga distancia (transcontinental), en la que es difícil probar el nexo causal, y respecto de si se puede hacer extensivo a los problemas atmosféricos mundiales, como el agotamiento del ozono y el cambio climático. Se requiere un análisis cuidadoso de cada caso para determinar si y en qué medida se considera que un principio o una norma están «establecidos» como derecho internacional consuetudinario, a la luz de la *opinio juris sive necessitatis* y la práctica general de los Estados¹⁴². La valoración de la prueba en relación con el carácter consuetudinario de una norma debe hacerse caso por caso. En general se entiende que ni la *opinio* que no está sustentada por la costumbre (uso) ni la mera costumbre que no está sustentada por la *opinio* constituyen derecho consuetudinario¹⁴³. También hay casos en los que el derecho consuetudinario está en proceso de evolución, en lugar de estar establecido, lo que también se denominan «normas emergentes del derecho consuetudinario»¹⁴⁴.

¹⁴² *Asylum Case* (Colombia/Perú), fallo, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 276 y 277; *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 44, párr. 77. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 22 y 100, respectivamente.

¹⁴³ No siempre es fácil clasificar los materiales como prueba de la *opinio juris* o la práctica de los Estados. A veces, la misma fuente (por ejemplo, la legislación nacional) se considera dos veces como prueba tanto de la *opinio juris* como de la práctica de los Estados.

¹⁴⁴ Véase *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 41, párrs. 69 a 71. Dinamarca y los Países Bajos afirmaron que, aunque no se hubiera considerado que fuera un reflejo del derecho consuetudinario preexistente, la disposición del artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental era una disposición normativa que «[podía servir] de base o punto de partida a una norma que [...] desde entonces ha pasado a formar parte del *corpus* general del derecho internacional». La Corte Internacional de Justicia declaró que «esta situación entra dentro de lo posible y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario» (ibíd., párr. 71). Aunque la Corte no aceptó el argumento de Dinamarca y los Países Bajos sobre esta disposición particular del artículo 6, el Relator Especial considera que brinda un sólido fundamento para el desarrollo progresivo de «norma(s) emergente(s) del derecho consuetudinario», si se lo sustenta en otras fuentes sustantivas del derecho como los instrumentos no vinculantes, la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales nacionales y otras manifestaciones pertinentes de la práctica de los Estados.

52. Se estima que una gran parte de la labor de la Comisión en relación con el presente proyecto, al igual que todos los demás proyectos, se consagrará a determinar el carácter consuetudinario de determinados principios y reglas relativos a la protección de la atmósfera. Desde una perspectiva analítica, la distinción entre normas establecidas y emergentes pasa a ser importante si se marca un paralelo entre la labor de codificación, que se lleva a cabo sobre la base del derecho consuetudinario establecido, y la del desarrollo progresivo, que se realiza sobre la base de las normas emergentes del derecho consuetudinario¹⁴⁵. Sin embargo, la Comisión no parece muy preocupada por distinguir los dos tipos de labor, lo que sugeriría que la diferencia entre ambas fuentes de las normas tal vez no sea tan significativa en el contexto concreto de la codificación y el desarrollo progresivo (a diferencia del contexto del proceso judicial, en el que la distinción podría tener un efecto decisivo en la determinación de si una disposición concreta de un convenio es representativa de un derecho consuetudinario preexistente). Más importante es la distinción entre las normas emergentes del derecho consuetudinario y las normas que aún no han alcanzado la fase de madurez necesaria para ser calificadas de emergentes. La formulación de dichas normas sería simplemente un ejercicio legislativo que, por ser ajeno al mandato de la Comisión, se debiera evitar. El quehacer crucial que se ha encomendado a la Comisión es, pues, elucidar qué elementos se considera que constituyen normas emergentes del derecho consuetudinario aptas para el desarrollo progresivo. Una vez más, se impone una determinación caso por caso. Por lo tanto, es necesario examinar los distintos materiales que se puedan considerar pertinentes al momento de determinar qué constituye una norma emergente de derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, se deben examinar las fuentes materiales *praeter legem* (fuera, pero próximas a las fuentes formales del derecho).

b) *Instrumentos no vinculantes*

53. Los instrumentos no vinculantes, que son una fuente importante para determinar la *opinio juris*, abarcan lo siguiente:

- La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la contaminación atmosférica en zonas fronterizas¹⁴⁶;
- La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo);
- La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza¹⁴⁷;

- La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la aplicación de un régimen de igualdad de derechos de acceso y de no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza¹⁴⁸;
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo;
- La Declaración de Malé sobre el control de la prevención de la contaminación atmosférica y sus posibles efectos transfronterizos para Asia meridional¹⁴⁹;
- La Red de vigilancia de los depósitos ácidos en Asia oriental;
- El Proyecto de artículos de la Comisión sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁵⁰;
- El Proyecto de principios de la Comisión sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁵¹;
- El Acuerdo Marco Regional de África Oriental sobre la Contaminación Atmosférica (Nairobi, 2008)¹⁵²;
- El Marco normativo regional de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo sobre la contaminación atmosférica (Lusaka, 2008)¹⁵³;
- El Acuerdo Marco Regional de África Occidental y Central sobre la Contaminación Atmosférica (Abiyán, 2009)¹⁵⁴;
- El Acuerdo marco regional de África del norte sobre la contaminación atmosférica (2011).

54. Aunque no son formalmente vinculantes, algunos instrumentos jurídicos no vinculantes son muy importantes, pues reflejan las fuentes materiales del derecho internacional; por lo tanto, cabe hacer una breve reseña de algunos de esos documentos.

55. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972) (Declaración de Estocolmo) echó los cimientos del derecho ambiental internacional en el siglo XX. Contiene un conjunto de «principios comunes

¹⁴⁸ OCDE, *Legals aspects of transfrontier pollution*, 1977.

¹⁴⁹ Malé, 22 de abril de 1998. Programa cooperativo de Asia meridional para el medio ambiente, Informe de la séptima reunión del Consejo de Administración.

¹⁵⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156, párr. 97.

¹⁵¹ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 64, párr. 66.

¹⁵² www.sei-international.org/gapforum/index.php/the-news/58-global-forum-welcomes-new-eastern-africa-regional-framework. Véase también Nordberg, *Air Pollution. Promoting Regional Cooperation*.

¹⁵³ https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf.

¹⁵⁴ https://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West_and_Central_Africa_Air_Pollution_Agreement_English_final.pdf.

¹⁴⁵ Para un análisis esclarecedor sobre la relación recíproca entre codificación y desarrollo progresivo, véase McRae, «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

¹⁴⁶ Resolución (71) 5, 26 de marzo de 1971.

¹⁴⁷ C(74)224, 14 de noviembre de 1974.

para inspirar y orientar a los pueblos del mundo en la conservación y mejora del medio humano»¹⁵⁵, si bien no versa específicamente sobre la protección de la atmósfera¹⁵⁶. La norma más importante de la Declaración es el principio 21, que dispone que los Estados tienen 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. Si bien la palabra «*responsibility*» (de asegurar) en el texto inglés es un tanto ambigua (en el texto francés se emplea el vocablo «*devoir*» y en el español, «obligación»), se estima ahora en general que el principio ha adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario en cuanto hace a la contaminación atmosférica transfronteriza, pues se ha incorporado en varios convenios¹⁵⁷.

56. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Declaración de Río fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992. Aunque no vinculante, establece los principios generales sobre el desarrollo sostenible y, por ende, echa las bases de futuros regímenes de protección del medio ambiente. Además de los principios generales, la Declaración contiene disposiciones específicas sobre los aspectos de procedimiento, como el acceso a la información y las oportunidades de participación pública (principio 10); las evaluaciones del impacto ambiental (principio 17); y la notificación, el intercambio de información y las consultas (principio 19). Se la puede considerar, pues, como un marco para la elaboración de la normativa ambiental en los planos nacional e internacional y como un parámetro de referencia para juzgar de futuros acontecimientos¹⁵⁸. Cabe destacar que la Declaración representa un cambio de paradigma del derecho ambiental al derecho del desarrollo sostenible. Ese cambio se pone de manifiesto en el texto del principio 2, que es una versión ligeramente modificada del principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Dice que, 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 según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. La Declaración reconoce que, para lograr una transformación sustancial, las preocupaciones ambientales deben integrarse en el marco más amplio del desarrollo económico; su propósito declarado es elaborar estrategias y medidas para detener e invertir los efectos de la degradación del medio ambiente en el contexto de la intensificación de los esfuerzos nacionales e internacionales encaminados a promover un desarrollo sostenible y ambientalmente racional en todos los países. Se puede interpretar que la Declaración plasma una avenencia entre los países

desarrollados, preocupados principalmente por la protección del ambiente, y los países en desarrollo, preocupados principalmente por el desarrollo económico. Ese equilibrio se revela en sus disposiciones fundamentales, los principios 3 y 4, respectivamente. Según el principio 3, el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. El principio 4, a su vez, dice que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. En su conjunto, ambos principios constituyen el fundamento del desarrollo sostenible. La Declaración procede a codificar varios principios importantes subsumidos en el concepto de desarrollo sostenible: el principio de precaución¹⁵⁹, la equidad (tanto intrageneracional como intergeneracional)¹⁶⁰ y las responsabilidades comunes pero diferenciadas¹⁶¹. Los principios enunciados en la Declaración de Río han impartido una importante orientación a los tratados posteriores relativos al medio ambiente.

57. Red de vigilancia de los depósitos ácidos en Asia Oriental. La Red de vigilancia se estableció en el marco de la iniciativa de crear un marco regional para el control de la contaminación atmosférica transfronteriza. Debido a un crecimiento económico y una industrialización acelerados, muchos países de la región de Asia Oriental enfrentan una grave amenaza de contaminación atmosférica, incluidos los depósitos ácidos. Se echa de ver la necesidad apremiante de cooperación regional para adoptar contramedidas que eviten la contaminación atmosférica en la región. Orientada por la acción del Japón, la Red tiene como objetivo reducir los efectos adversos de los depósitos ácidos sobre la salud humana y el medio ambiente. En su calidad de marco institucional de la Red, la Reunión Intergubernamental de Expertos es el órgano de adopción de decisiones, y el Comité Consultivo Científico, integrado por expertos científicos y técnicos, funciona como órgano de la Reunión Intergubernamental. La secretaría y el Centro de la Red tienen por objeto prestar apoyo a la Red. Para 2010, se habían establecido 54 puntos de vigilancia de los depósitos en 10 Estados participantes, y se habían realizado estudios ecológicos en 44 sitios (bosques, lagos y ríos) en la región¹⁶².

¹⁵⁹ El principio 15 de la Declaración de Río representa una versión comparativamente insuficiente del principio de precaución.

¹⁶⁰ El principio 3 de la Declaración de Río se refiere a las necesidades de las generaciones presentes y futuras: «El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras».

¹⁶¹ El principio 7 de la Declaración de Río reza como sigue: «Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen».

¹⁶² La Red de vigilancia de los depósitos ácidos en Asia Oriental fue creada en Yakarta, en marzo de 2000; véase Takahashi, «Formation of an East Asian regime for acid rain control: the prospective of comparative regionalism»; 13 países han participado en la Red, a saber, Camboya, China, Federación de Rusia, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, Mongolia, Myanmar, República de Corea, República Democrática Popular Lao, Tailandia y Viet Nam.

¹⁵⁵ Segundo párrafo del preámbulo.

¹⁵⁶ El Principio 6 establece que «[d]ebe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas».

¹⁵⁷ Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, pág. 24.

¹⁵⁸ Sands, *Principles of International Environmental Law*, pág. 54.

58. **Proyecto de artículos de la Comisión sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.** La Comisión, al abordar la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, también examinó la responsabilidad por actos lícitos. De acuerdo con la recomendación del Grupo de Trabajo (establecido para examinar el tema), la Comisión decidió que los dos aspectos del tema, a saber, las medidas preventivas y correctivas, se debían tratar por separado¹⁶³. En 2001, la Comisión aprobó y presentó a la Asamblea General el texto final del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo. El proyecto de artículos representa el ensayo de la Comisión, no solo de codificar, sino también de desarrollar progresivamente el derecho mediante la formulación del contenido sustantivo y procesal de la obligación de prevención. El proyecto de artículos se funda en el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (enunciado en el asunto *Trail Smelter* y en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo). El artículo 3 dice que el Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. La obligación de prevenir un daño transfronterizo se funda en una norma de diligencia debida. La diligencia debida abarca, además, la obligación de evaluar el riesgo de las actividades que puedan causar un daño transfronterizo sensible (art. 7) y la obligación de notificar y transmitir la información pertinente al Estado que pueda resultar afectado (art. 8). Conjugado con la obligación de obtener autorización previa del Estado para actividades que plantean riesgos, el proyecto de artículos ilustra la interrelación entre prevención y precaución y aprueba el principio de precaución con respecto a la protección del medio ambiente. Además de disponer sobre la obligación de diligencia debida, los proyectos de artículos codifican varios principios generales importantes, algunos de los cuales ya están bien establecidos en el derecho internacional y otros que se mencionan cada vez con mayor frecuencia en los tratados ambientales internacionales. La Comisión se refiere a la obligación de cooperar de buena fe (art. 4) para prevenir el daño transfronterizo sensible y la búsqueda de soluciones «basadas en un equilibrio equitativo de intereses» (art. 9, párr. 2).

59. **Proyecto de principios de la Comisión sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.** La Comisión reanudó en 2002 su labor sobre el tema de la responsabilidad con respecto al daño transfronterizo, «teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad»¹⁶⁴. El ámbito de las actividades incluidas en el proyecto de principios sigue siendo el mismo que en el proyecto de artículos. El propósito del proyecto de principios es doble (principio 3): en primer lugar, «garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo» (apdo. a), y, en segundo lugar, «preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio

ambiente y la restauración o restablecimiento de este» (apdo. b). Es significativo que los principios reconozcan el valor intrínseco del medio ambiente y den prioridad a su protección o conservación. Junto con el proyecto de artículos, refuerzan los principios de equidad y desarrollo sostenible. La indemnización se funda en el principio de quien contamina, paga. Al exigir «pronta y adecuada indemnización» (principio 4) por los daños ambientales transfronterizos, se altera el análisis costo-beneficio de las medidas de prevención; los costos ambientales (por ejemplo, medidas de control y correctivas) se internalizan y realzan el incentivo para que los explotadores adopten medidas preventivas. El proyecto de principios no dispone sobre la responsabilidad del Estado. En cambio, establece la responsabilidad objetiva del explotador. La función del Estado es instituir un régimen de indemnización de las víctimas por medio de la sanción de leyes nacionales o la concertación de acuerdos internacionales. Los principios tienen por objeto crear un marco para orientar a los Estados en cuanto a la adopción de disposiciones sustantivas y de procedimiento. En el aspecto sustantivo se ubica el principio 4, que versa sobre el pago de una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de un daño transfronterizo¹⁶⁵ (que comprende la asignación de la responsabilidad sin requerir la prueba de la culpa, la especificación de las condiciones mínimas y la constitución de seguros, fianzas u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización). Cabe señalar que se debe alcanzar un umbral de daño transfronterizo «sensible» para activar la aplicación del régimen¹⁶⁶. El principio 6 se ubica en el aspecto del procedimiento: la institución de procedimientos nacionales e internacionales para la solución de reclamaciones (que comprenden el acceso no discriminatorio, la disponibilidad de recursos jurídicos eficaces y el acceso a la información). Estas normas no están redactadas en el lenguaje de derechos u obligaciones, ni tampoco abordan la cuestión de la responsabilidad del explotador.

c) *Legislación nacional*

60. La legislación nacional es importante en la medida en que se ocupa de las cuestiones del daño transfronterizo y la protección global de la atmósfera. También se puede derivar inspiración de las leyes exclusivamente nacionales que se puedan aplicar por analogía a las cuestiones jurídicas internacionales pertinentes. La legislación nacional se puede citar como prueba de la práctica de los Estados y, como tal, constituye el derecho internacional consuetudinario existente o emergente. Cabe destacar asimismo que cierta legislación interna puede tener el efecto normativo de oponibilidad¹⁶⁷. Por ejemplo, se puede decir que en el

¹⁶³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 15 y 16, párrs. 91, 94 y 97.

¹⁶⁴ Conforme a la resolución 56/82 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, párr. 3; véase asimismo *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 63, párrs. 62 y 63; véase también la resolución de la Asamblea General 61/36, de 4 de diciembre de 2006, anexo.

¹⁶⁵ Con arreglo al principio 2, apdo. a, se entiende por «daño» un «daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente». Comprende, entre otras cosas, los costos de las medidas razonables de respuesta y de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales.

¹⁶⁶ En el comentario se señala que el daño transfronterizo «sensible» es algo más que «detectable», pero sin necesidad de alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial» (ibíd., pág. 72, párr. 2 del comentario al principio 2); véase también *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párrs. 4 y 5 del comentario al proyecto de artículo 2.

¹⁶⁷ Es bien sabido que ciertas medidas nacionales fundadas en el derecho interno han sido la fuente de nuevo derecho internacional, tales

asunto *Estados Unidos: Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, interpuesto ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (véase el párrafo 49 *supra*), la cuestión central era la relativa a saber si la Ley de Protección de la Calidad del Aire de los Estados Unidos era o no oponible al Brasil y a la República Bolivariana de Venezuela¹⁶⁸. En todo caso, el Relator Especial abriga la esperanza de que se le comuniquen la información pertinente sobre la legislación nacional y las decisiones de los tribunales nacionales de que se hace mención en el párrafo 61 *infra*.

d) *Jurisprudencia de los tribunales nacionales*

61. Las decisiones de los tribunales nacionales también son instructivas en la medida en que sean pertinentes a la protección de la atmósfera. Como sucede con la legislación nacional, se puede derivar inspiración de la jurisprudencia de los tribunales nacionales que pueda ser aplicable a un contexto de derecho internacional. Por lo general, los asuntos más pertinentes son los relacionados con la contaminación atmosférica transfronteriza, como el asunto *Walter Poro vs. Houillères du Bassin de Lorraine*, de 1957, a lo largo de la frontera franco-alemana¹⁶⁹. Sin embargo, también ha habido asuntos pertinentes relacionados con cuestiones globales, en particular, *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*

(Continuación de la nota 167.)

como los regímenes de zonas de conservación (arbitraje en el asunto *Bearing Sea Fur Seals* (Reino Unido c. Estados Unidos), John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, Washington, 1898), pág. 755) y la zona pesquera preferencial (*Fisheries Jurisdiction* (Reino Unido c. Islandia), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 6 y ss.; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 127). Respecto del concepto de oponibilidad y su función normativa, véase Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 216 a 266.

¹⁶⁸ Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 273 y 274.

¹⁶⁹ *Walter Poro vs. Houillères du Bassin de Lorraine* (HBL), Tribunal de Apelaciones (*Oberlandesgericht*, Cámara Civil Segunda) de Saarbrücken (Alemania), 22 de octubre de 1957 (Z U 45/57), en la apelación de una sentencia de 12 de febrero de 1957 del Tribunal de Distrito de Saarbrücken (*Landgericht*) en calidad de tribunal de primera instancia; véase un resumen en inglés en Sand, *Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, pág. 89, 90 y 121; véase también Rest, «International environmental law in German courts», pág. 412.

(2 de abril de 2007), que versó sobre la cuestión relativa a saber si la Agencia de Protección del Medio Ambiente podía abstenerse de reglamentar el dióxido de carbono y otros gases de invernadero¹⁷⁰. Los tribunales japoneses han tenido ante sí diversos asuntos relacionados con la contaminación atmosférica¹⁷¹ de los que se pueden extraer analogías importantes en relación con la protección de la atmósfera en el plano internacional.

e) *Otros incidentes pertinentes*

62. Los incidentes que quedan fuera de las categorías mencionadas *supra* también se deben tener en cuenta y analizar en la medida en que se consideren pertinentes a la práctica de los Estados. Por ejemplo, en la década de 1950, los ensayos nucleares en la atmósfera fueron uno de los primeros problemas ambientales que tuvo ante sí la comunidad internacional¹⁷². Los accidentes en instalaciones nucleares pueden tener efectos directos en el medio ambiente atmosférico, como lo demostraron los accidentes de Chernobyl en 1986 y Fukushima en 2011 (causado por el devastador terremoto y tsunami del 11 de marzo de 2011), y son actualmente causa de grave preocupación, no solo para el Japón, sino también para la comunidad internacional en general.

4. BIBLIOGRAFÍA

63. Una bibliografía selecta sobre las cuestiones jurídicas internacionales pertinentes figura en el programa de estudios sobre el tema, «La protección de la atmósfera»¹⁷³.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 2 de abril de 2007 (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785), que versó en parte sobre ciertas obligaciones de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de reglamentar las emisiones de gases de invernadero.

¹⁷¹ Véase Osaka, «Re-evaluation of the role of the tort liability system in Japan», págs. 413 a 423.

¹⁷² Véanse, por ejemplo, el incidente *Diago Fukuryu Maru* (Lucky Dragon núm. 5) (Japón – Estados Unidos) en 1954 (Marjorie M. Witheman (ed.), *Digest of International Law*, vol. 4 (1965), pág. 566); Oda, «The Hydrogen Bomb Tests and International Law»; Goldie, «A General View of International Environmental Law. A Survey of Capabilities, Trends and Limits», págs. 72 y 73.

¹⁷³ *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), anexo II.

CAPÍTULO II

Definición

A. Características físicas de la atmósfera

64. Para determinar la definición, el alcance y el objetivo del ejercicio de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera, y establecer la condición jurídica de la atmósfera, es necesario, ante todo, conocer su estructura física y sus características.

65. La «atmósfera» es la «[c]apa gaseosa que rodea la Tierra»¹⁷⁴. La composición media de la atmósfera

hasta una altitud de 25 km es como sigue: nitrógeno (78,08%), oxígeno (20,95%), argón (0,93%), dióxido de

English Dictionary, 12.ª ed. (Nueva York, Oxford University Press, 2011); *Oxford English Dictionary* (Oxford University Press, 2014), *The New Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford, Clarendon Press, 1993); *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged* (Springfield, Massachusetts, G. y C. Merriam, 1961), y *Le Grand Robert de la langue française*, vol. 1 (París, Dictionnaires Le Robert, 1985) («*enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre*»). Según la Sociedad Meteorológica de los Estados Unidos, la atmósfera es «una envoltura gaseosa atraída por gravitación a un cuerpo celeste». Véase <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmosphere>.

¹⁷⁴ *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, 23.ª ed., 2014). Una definición similar figura en *The Concise Oxford*

carbono (0,03%), gases traza (0,01%) y vapor de agua¹⁷⁵ en volúmenes muy variables. La atmósfera existe en las denominadas células (o celdas) atmosféricas¹⁷⁶. Desde el punto de vista físico, se extiende hacia arriba desde la superficie de la Tierra, el límite inferior de la atmósfera. Las células atmosféricas están divididas verticalmente en cuatro esferas atmosféricas de acuerdo con las características térmicas, a saber, de arriba a abajo: troposfera, estratosfera, mesosfera y termosfera (véase el gráfico I). La temperatura de la atmósfera se modifica con la altitud. En la troposfera (hasta la tropopausa, a una altitud de unos 12 km), la temperatura disminuye a medida que aumenta la altitud, debido a la absorción y la radiación de la energía

solar por la superficie del planeta¹⁷⁷. En cambio, en la estratosfera (hasta la estratopausa, a una altitud de cerca de 50 km), la temperatura aumenta gradualmente con la altitud¹⁷⁸ debido a la absorción de radiación ultravioleta por el ozono. En la tercera capa, la mesosfera (hasta la mesopausa, a una altitud de más de 80 km), las temperaturas vuelven a descender con la altitud. En la cuarta capa, la termosfera, las temperaturas vuelven a ascender rápidamente a causa de los rayos X y la radiación ultravioleta del sol. La atmósfera se extiende por encima de la mesopausa y «no tiene un límite superior bien definido»¹⁷⁹. En consecuencia, no existe un límite científicamente preciso entre la atmósfera y el espacio exterior. Por encima de 100 km, solo resta el 0,00003% de la atmósfera. Más allá de esa altitud, los vestigios de la atmósfera se funden gradualmente con el vacío del espacio¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Desde el punto de vista físico, el vapor de agua, que representa aproximadamente el 0,25% de la masa de la atmósfera, es un constituyente muy variable. En la ciencia de la atmósfera, «debido a la gran variabilidad de las concentraciones de vapor de agua en el aire, es común enumerar los porcentajes de los diferentes constituyentes en relación con el aire seco». Las concentraciones de ozono también son muy variables. Se considera que una concentración de ozono en la atmósfera superior a 0,1 ppmv (partes por millón por volumen) es peligrosa para los seres humanos. Véase Wallace y Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, pág. 8.

¹⁷⁶ Según la Sociedad Meteorológica de los Estados Unidos, la «célula atmosférica» (también llamada capa o región atmosférica) es «uno de varios estratos o “capas” de la atmósfera de la Tierra» (http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

¹⁷⁷ El espesor de la troposfera no es idéntico en todas partes, pues depende de la latitud y de la estación. La parte superior de la troposfera se encuentra a una altitud de unos 17 km en el ecuador, aunque a menor altura en los polos. Por término medio, la altitud del límite exterior de la troposfera es de aproximadamente 12 km. Véase Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science*, pág. 466; Thompson y Turk, *Earth Science and the Environment*, pág. 438.

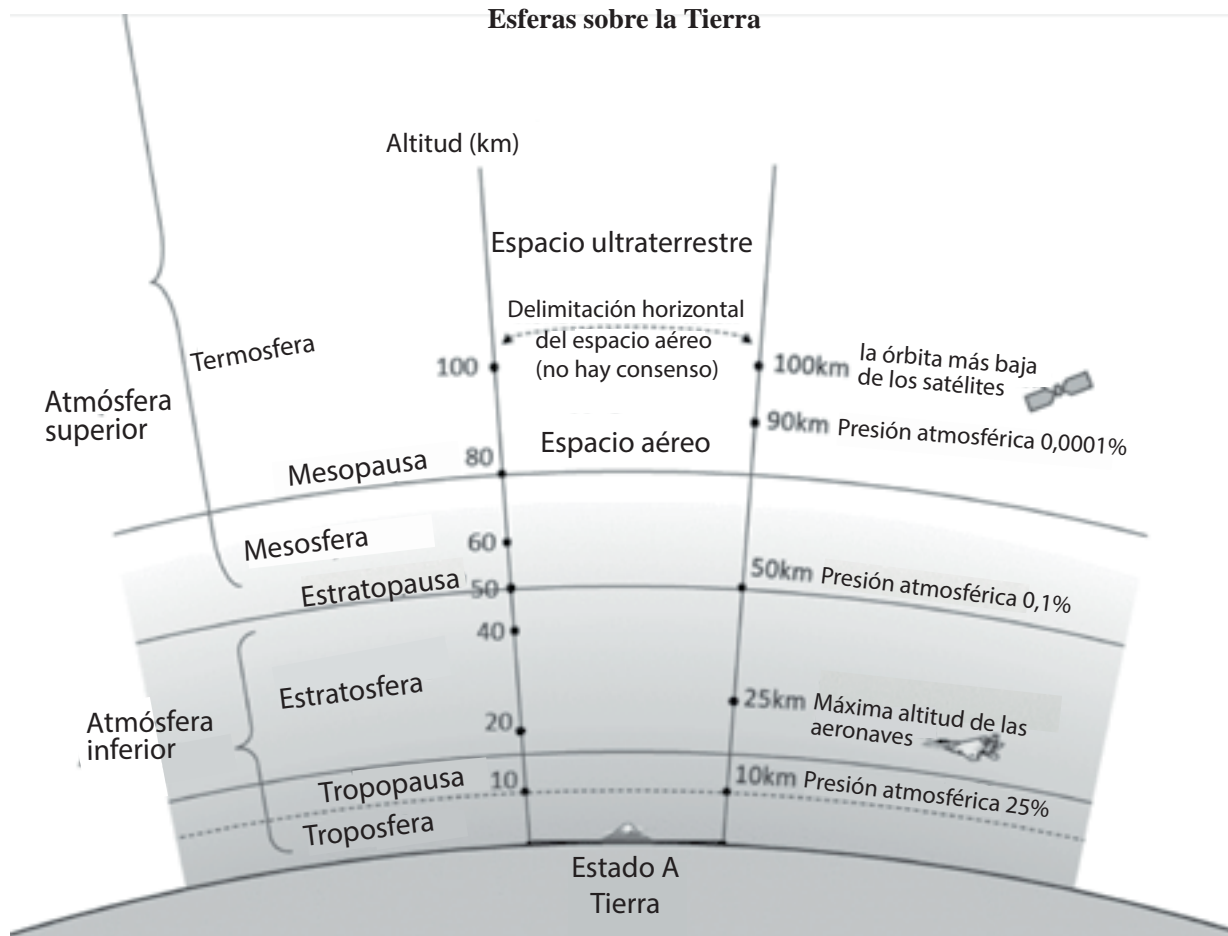
¹⁷⁸ Desde un punto de vista estricto, la temperatura de la estratosfera se mantiene constante hasta una altitud de alrededor de entre 20 y 35 km y luego comienza un ascenso gradual.

¹⁷⁹ Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science*, pág. 467.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, págs. 465 y 466.

GRÁFICO I

Esferas sobre la Tierra



Nota: El diagrama fue elaborado por el autor con el concurso de Jun Okamoto, sobre la base de Ahrens, *Essentials of Meteorology. An Invitation to the Atmosphere*.

66. Debido a la gravitación, la atmósfera ejerce una presión descendente sobre la superficie de la Tierra. En consecuencia, al aumentar la altitud, los gases en la atmósfera se van diluyendo gradualmente. Aproximadamente el 80% de la masa de aire se encuentra en la troposfera y el 20% en la estratosfera. El delgado cinturón nebuloso de color blanco (con un espesor inferior al 1% del radio del globo) que se ve cuando se observa la Tierra a distancia es la atmósfera. En la troposfera y la estratosfera, las proporciones relativas de la mayoría de los gases son bastante estables; científicamente, esas esferas constituyen la atmósfera inferior¹⁸¹, que alcanza una altitud media

¹⁸¹ Según la Sociedad Meteorológica de los Estados Unidos, la «atmósfera inferior» es «general y muy vagamente, la parte de la atmósfera en la que se produce la mayoría de los fenómenos meteorológicos (esto es, la troposfera y la estratosfera inferior); por lo tanto, el término se usa con el significado común de atmósfera superior» (http://glossary.ametsoc.org/wiki/lower_atmosphere).

de 50 km y se distingue de la atmósfera superior¹⁸². La atmósfera se desplaza y circula en torno a la Tierra de una manera compleja denominada circulación atmosférica¹⁸³. La influencia gravitacional del Sol y la Luna también afecta a estos movimientos mediante la generación de mareas atmosféricas¹⁸⁴. El gráfico II muestra el lugar en que se producen los problemas atmosféricos, como la contaminación atmosférica transfronteriza, el agotamiento de la capa de ozono y la acumulación de gases de invernadero.

¹⁸² En el mismo sentido, la Sociedad Meteorológica de los Estados Unidos define la «atmósfera superior» como residual, es decir, «el término general aplicado a la atmósfera por encima de la troposfera» (https://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

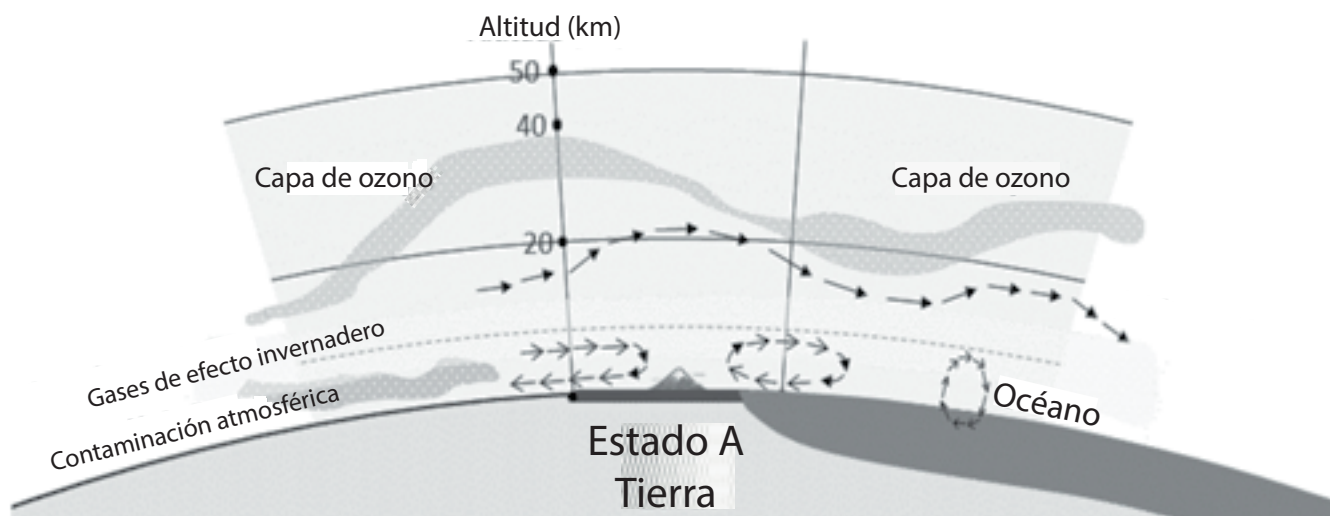
¹⁸³ Jones y otros, *Collins Dictionary of Environmental Science*, pág. 40.

¹⁸⁴ Allaby, *Dictionary of the Environment*, pág. 34.

GRÁFICO II

Circulación atmosférica

Circulación atmosférica



Nota: El diagrama fue elaborado por el autor con el concurso de Jun Okamoto, sobre la base de Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*.

67. Tanto el entorno humano como el natural pueden sufrir efectos perjudiciales de resultados de algunos cambios en el estado de la atmósfera. Hay tres causas particularmente importantes de la degradación de la atmósfera¹⁸⁵. En primer lugar, la introducción de sustancias nocivas (por ejemplo, la contaminación del aire) en la troposfera y en la estratosfera inferior y las reacciones químicas conexas¹⁸⁶ modifican las condiciones atmosféricas. Las

¹⁸⁵ Véanse Dolzer, «Atmosphere, protection», pág. 290; y Kreuter-Kirchhof, «Atmosphere, international protection».

¹⁸⁶ Desde el punto de vista científico, los contaminantes se dividen en dos tipos: contaminantes primarios, sustancias que se emiten

fuentes principales que contribuyen a la contaminación atmosférica son los ácidos (a saber, óxidos de nitrógeno y de azufre), monóxido de carbono, materia particulada y compuestos orgánicos volátiles. El ozono y otros oxidantes fotoquímicos son el resultado de una reacción

directamente de fuentes identificables, y contaminantes secundarios, sustancias que no se emiten directamente a la atmósfera, pero que se forman en la atmósfera de resultados de reacciones entre contaminantes primarios. Una vez que el contaminante primario es emitido a la atmósfera, se combina con otra(s) sustancia(s) y produce otros contaminantes constituyentes, por medio de la radiación solar o de reacciones fotoquímicas (Tarbuck, Lutgens y Tasa, *Earth Science*, pág. 464).

fotoquímica de óxidos de nitrógeno y compuestos orgánicos volátiles bajo los efectos de la luz del Sol en la troposfera, y tienen efectos nocivos para los seres humanos y los ecosistemas¹⁸⁷. Los vientos horizontales fuertes, como las corrientes en chorro¹⁸⁸, pueden transportar y dispersar rápidamente estos gases traza de modo horizontal por todo el globo terráqueo, lejos de sus fuentes originales (aunque el transporte vertical es muy lento). Es importante reconocer este aspecto funcional de la atmósfera como vehículo de transporte de contaminantes. Algunos contaminantes que son relativamente inocuos cuando se encuentran en la atmósfera pueden producir efectos nocivos significativos cuando se acumulan en las regiones polares, tanto en la fauna como en la flora y, por medio de las cadenas alimentarias, en los seres humanos, como ocurre con los contaminantes orgánicos persistentes y el mercurio. En segundo lugar, los clorofluorocarbonos, halones y otros halocarbonos emitidos en la troposfera superior y la estratosfera provocan el agotamiento de la capa de ozono. Como su nombre lo indica, la capa de ozono contiene cantidades importantes de ozono. El ozono tiene la misma estructura química cuando está presente a varios kilómetros de la superficie terrestre o al nivel del suelo. Puede ser «benigno» o «tóxico», dependiendo de su ubicación en la atmósfera. Las principales concentraciones de ozono (el ozono benigno) se encuentran a altitudes de 15 a 40 km (las concentraciones máximas se sitúan entre 20 y 25 km). La capa de ozono filtra la radiación ultravioleta perjudicial procedente del Sol (que causa cáncer de la piel y otras lesiones graves). En tercer lugar, las modificaciones en la composición de la troposfera y la estratosfera inferior son otras tantas causas del cambio climático. La principal causa del cambio climático antropógeno es la emisión de gases (que ya existen en pequeñas cantidades en la atmósfera), como el dióxido de carbono, el óxido nitroso, el metano y los hidrofluorocarbonos. Esos gases de efecto invernadero se mencionan en el anexo A del Protocolo de Kyoto (véase el párrafo 33 *supra*)¹⁸⁹. Las condiciones en la troposfera, que afectan grandemente la meteorología en la superficie de la Tierra, influyen en la formación de nubes, la calina y las precipitaciones. Aunque la mayoría de los gases y aerosoles se eliminan mediante un proceso natural de depuración en la troposfera¹⁹⁰, y un volumen de dióxido de carbono es absorbido por bosques y océanos, las emisiones pueden abrumar estos procesos y causar el cambio climático.

68. Las tres importantes cuestiones internacionales relativas a la atmósfera —contaminación del aire, agotamiento

¹⁸⁷ Véase Royal Society, *Ground-level Ozone in the 21st Century: Future Trends, Impacts and Policy Implications* (Londres, 2008). Puede consultarse en http://royalsociety.org/uploadedFiles/Royal_Society_Content/policy/publications/2008/7925.pdf.

¹⁸⁸ Las corrientes en chorro son vientos occidentales (o sea que soplan del occidente al oriente) que se observan en el estrato superior de la troposfera. Se desplazan a una velocidad elevada de entre 240 y 720 km/h.

¹⁸⁹ En años recientes, sin embargo, los expertos han comprobado que algunas de las sustancias en la troposfera son también causas del cambio climático. Desde un punto de vista científico, los clorofluorocarbonos también producen efectos de invernadero. Dichas contribuciones se definen como «un efecto invernadero potencial» (véase Wallace y Hobbs, *Atmospheric Science. An Introductory Survey*, págs. 453 y 454).

¹⁹⁰ Los aerosoles, partículas sólidas y líquidas pequeñas, son «depurados» o «arrastrados» por gotas de las nubes y partículas de hielo en la troposfera, algunas de las cuales caen luego al suelo en forma de lluvia o nieve (véase *ibíd.*, pág. 11).

de la capa de ozono y cambio climático— están relacionadas con la troposfera y la estratosfera¹⁹¹, aunque las causas principales pueden ser distintas en cada caso. Uno de estos factores es el tiempo de residencia. Si bien los constituyentes tradicionales de la contaminación atmosférica tienen un tiempo de residencia de días a semanas, los gases de efecto invernadero, como el dióxido de carbono, el óxido nitroso y los compuestos que destruyen la capa de ozono estratosférica, tienen tiempos de residencia que a menudo exceden de un siglo. La atmósfera superior, o sea la mesosfera y la termosfera, que comprende aproximadamente el 0,0002% de la masa total atmosférica, y el espacio ultraterrestre tienen poca importancia en vista de los problemas ambientales que se examinan.

B. Definición de la atmósfera

69. Tras esta breve descripción de las características físicas singulares de la atmósfera, es preciso formular una definición jurídica adecuada que corresponda razonablemente a la definición científica. En la mayoría de los tratados y documentos internacionales no se define la «atmósfera», a pesar de que es el objeto de la protección a los efectos de la aplicación de esos tratados. Alternativamente, esos instrumentos tienden a definir las causas y los efectos de los daños en relación con el objeto de la protección¹⁹². No obstante, se debe observar que en el glosario del informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Cambio Climático 2007*, la atmósfera se define del siguiente modo:

Envoltura gaseosa que circunda la Tierra. La atmósfera seca está compuesta casi enteramente por nitrógeno (coeficiente de mezclado volumétrico: 78,1%) y oxígeno (coeficiente de mezclado volumétrico: 20,9%), más cierto número de gases traza, como argón (coeficiente de mezclado volumétrico: 0,93%), helio, y gases de efecto invernadero radiactivamente activos, como el dióxido de carbono (coeficiente de

¹⁹¹ Kiss y Shelton, *International Environmental Law*, págs. 556 a 562.

¹⁹² Por ejemplo, en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia no se define el término «atmósfera» y solo se da una definición de la expresión «contaminación atmosférica». En el apartado a del artículo 1 se define la expresión «contaminación atmosférica» diciendo que «designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente»; por su parte el apartado b del mismo artículo define así la expresión «contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia»: «designa la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente y en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión». El Convenio se refiere también a las «sustancias o energía» en su definición de la contaminación atmosférica (art. 1, apdo. a). Algunos de los protocolos del Convenio, si bien mencionan la «atmósfera» en sus preámbulos y en sus cláusulas sobre objeto y propósito, no dan una definición del término. Por «emisión» se entiende la liberación de una sustancia a la atmósfera desde un punto o una fuente difusa a la atmósfera. En la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se define así el «cambio climático»: «un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial» (art. 1, párr. 2). Asimismo define los «gases de efecto invernadero» como «aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja» (art. 1, párr. 5). Esas definiciones versan sobre los efectos y las causas de los daños al objeto que la Convención tiene por objetivo proteger.

mezclado volumétrico: 0,035%) o el ozono. Además, la atmósfera contiene vapor de agua, que es también un gas de efecto invernadero, en cantidades muy variables aunque, por lo general, con un coeficiente de mezclado volumétrico de 1% aproximadamente. La atmósfera contiene también nubes y aerosoles.¹⁹³

70. Cuando emprenda la labor de elaborar directrices sobre el derecho relativo a la atmósfera, la Comisión tendrá que definir el concepto de atmósfera. Así pues, tal vez tenga que abordar tanto el aspecto sustantivo de la atmósfera *qua* capa de gases como el aspecto funcional de la atmósfera *qua* medio en el que se producen el transporte y la dispersión de los contaminantes transportados por el aire. El Relator Especial propone, por lo tanto, el proyecto de directriz que figura a continuación.

¹⁹³ *Cambio Climático 2007. Informe de síntesis*, Ginebra, IPCC, anexo II.

CAPÍTULO III

Ámbito de aplicación del proyecto de directrices

A. Degradación ambiental antropógena

71. Al elucidar el ámbito de aplicación del proyecto, es menester abordar los principales elementos que abarcará el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, eliminando toda ambigüedad en cuanto a su cobertura. Puede ser útil referirse a trabajos anteriores de la Comisión.¹⁹⁵ En general, los artículos de los tratados ambientales multilaterales relativos al ámbito de aplicación se refieren ya sea a los efectos de la contaminación (efectos adversos significativos) o a sus causas (actividades humanas). Sin embargo, esos dos componentes son complementarios entre sí, pues las «causas» de las actividades humanas producen ciertos efectos¹⁹⁶ y viceversa¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Véase el artículo 1 («Ámbito de aplicación») del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 24, párr. 53): «El presente proyecto de artículos se aplica: a) a la utilización de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos; b) a otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos o sistemas acuíferos, y c) a las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos o sistemas acuíferos».

¹⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia establece: «A los fines del presente Convenio: a) Con la expresión “contaminación atmosférica” se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de substancias o de energía que tengan una acción nociva». El Principio 1 («Ámbito de aplicación») del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 64, párr. 66) reza como sigue: «El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional». El artículo 1 («Alcance») del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156, párr. 97) dice como sigue: «Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible».

¹⁹⁷ Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dice que, a los efectos de la Convención, se entiende por cambio climático «un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana».

«Proyecto de directriz 1. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por “atmósfera” la capa de gases que circunda la Tierra en la troposfera y la estratosfera, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire¹⁹⁴.»

¹⁹⁴ Las definiciones de otros términos se propondrán en las etapas posteriores, según proceda. No obstante, tal vez sea útil brindar una definición provisional de «contaminación atmosférica» (que se examinará con algún detenimiento en el segundo informe del Relator Especial). En el proyecto de directriz 1, apdo. b, se entiende por «contaminación atmosférica» la introducción por la actividad humana de productos químicos, partículas materiales, sustancias biológicas o energía que degraden o alteren la atmósfera, o formen parte de un proceso de degradación o alteración de la atmósfera, y que tienen o probablemente pueden tener efectos adversos importantes para la vida o la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

72. El proyecto de directrices trata únicamente del daño causado por la actividad humana. En consecuencia, su ámbito de aplicación excluye, por ejemplo, el daño causado por las erupciones volcánicas o las arenas del desierto (salvo que la actividad humana exacerbe esos daños)¹⁹⁸. El término «actividad humana» comprende no solo las actividades llevadas a cabo por los Estados, sino también las realizadas por personas naturales y jurídicas.

73. La atmósfera se ha utilizado de diversas maneras, en particular para la navegación aérea. La contaminación acústica o causada por el ruido ha planteado problemas transfronterizos a los aeropuertos en regiones fronterizas, que se han abordado mediante diversos tratados bilaterales y un acervo cada vez mayor de jurisprudencia¹⁹⁹. La modificación de las condiciones meteorológicas es otro ejemplo de utilización de la atmósfera. Los científicos

¹⁹⁸ En el contexto del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, Islandia incluso hizo una reserva premonitoria al tiempo de la firma del Convenio en el sentido de que «no asume ninguna responsabilidad por la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia causada por erupciones volcánicas en Islandia» (véase ECE/HLM.1/2/Add.1, vol. II, anexo IV). Obsérvese, con todo, que algunos instrumentos regionales también abarcan la contaminación atmosférica por causas naturales; por ejemplo, en el artículo 1, párr. 6, del Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) en Materia de Contaminación Transfronteriza Derivada de la Calina y en los acuerdos marco regionales africanos.

¹⁹⁹ Véanse, por ejemplo, respecto de la frontera franco-suiza, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Lyon (Francia) en el asunto del aeropuerto de Cointrin (*Gazette du Palais*, 1954, 2.º semestre, pág. 205), seguido por un tratado bilateral sobre aeropuertos transfronterizos en 1956 (Convenio entre Suiza y Francia relativo al acondicionamiento del Aeropuerto de Ginebra-Cointrin y a la creación de oficinas de control nacionales conjuntas en Ferney-Voltaire y Ginebra-Cointrin, firmado el 25 de abril de 1956 (RO 1958 141)); véase Guinchard, «La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)». Entre los regímenes multilaterales relacionados con el daño causado por el ruido de las aeronaves cabe mencionar el Acuerdo entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la Condición de las Fuerzas; véase Kiss y Lambrechts, «Les dommages causés au sol par les vols supersoniques», pág. 771. Las normas técnicas mundiales sobre las emisiones de ruido de las aeronaves vienen siendo establecidas desde 1971 por la OACI; véase Davies y Goh, «Air transport and the environment: regulating aircraft noise».

han sugerido diversos métodos posibles para la utilización activa de la atmósfera. Algunas de las tecnologías de geoingeniería propuestas (tales como la ordenación de la radiación solar y la eliminación del dióxido de carbono) serían pertinentes si resultaran viables. Por lo tanto, las modalidades de uso (o utilización) de la atmósfera ciertamente se deben examinar con detenimiento en el presente estudio.

74. Obviamente, la mayoría de las actividades hasta el momento son las que se llevan a cabo sin una intención clara o concreta de afectar las condiciones atmosféricas. Sin embargo, hay algunas actividades cuyo propósito mismo es alterar las condiciones atmosféricas, a saber, la modificación de las condiciones meteorológicas (control de las condiciones meteorológicas). Si bien la modificación de las condiciones meteorológicas en la guerra ha sido prohibida por la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles²⁰⁰, el control de las condiciones meteorológicas ha sido objeto de experimentación y se ha empleado ampliamente desde la década de 1940 para producir cambios deseables en las condiciones meteorológicas. La Asamblea General examinó la cuestión en 1960²⁰¹. Los objetivos del control de las condiciones atmosféricas van desde la prevención de fenómenos meteorológicos perjudiciales, como los huracanes o los tornados, hasta la causación de fenómenos meteorológicos beneficiosos, como la lluvia artificial en una zona que esté experimentando sequía; o, a la recíproca, para hacer cesar la lluvia en una zona determinada en la que se ha programado realizar una actividad importante. La siembra de nubes es una técnica común para mejorar las precipitaciones; requiere el rociamiento con pequeñas partículas, por ejemplo de anhídrido carbónico sólido y yoduro de plata en el cielo con el fin de provocar la formación de nubes que eventualmente produzcan lluvia. Aunque existen pruebas sólidas de que la técnica es inocua, sigue habiendo dudas en cuanto a su eficacia. El Consejo de Administración del PNUMA aprobó en 1980 un conjunto de recomendaciones para su examen por los Estados y otros interesados en la modificación de las condiciones meteorológicas²⁰². Si el control de las condiciones meteo-

rológicas en gran escala resultara viable en el futuro, podría haber consecuencias perjudiciales. Las consecuencias podrían incluir efectos secundarios no deseados, daños a los ecosistemas existentes y riesgos para la salud de los seres humanos. Esos efectos, si fueran de naturaleza transfronteriza, podrían suscitar preocupaciones internacionales por sus consecuencias perjudiciales²⁰³. Se sugiere que se debiera proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera²⁰⁴.

B. Protección de los entornos naturales y humanos

75. En el proyecto de directrices deberían indicarse claramente los objetos que han de protegerse: los entornos naturales y humanos. A los efectos del presente proyecto de directrices, a los primeros se los subsume en «la composición y la calidad de la atmósfera», y a los últimos, en la «salud humana o los materiales útiles para la humanidad». Dado que el presente proyecto de directrices tiene por objeto proteger la atmósfera, la preocupación principal es, obviamente, el medio ambiente natural. Sin embargo, habida cuenta de la relación intrínseca que existe entre el medio natural y el medio humano (que comprende no solo la salud humana en sentido estricto, sino también la vegetación y los cultivos naturales, los materiales y el patrimonio histórico), el proyecto de directrices debiera abarcar a ambos. También cabe añadir que los efectos perjudiciales sobre el medio ambiente deben ser «sensibles» para justificar la reglamentación internacional.

C. Causas de la degradación atmosférica

76. Si bien en el presente proyecto de directrices se tratan diversos aspectos de la degradación atmosférica, de naturaleza tanto transfronteriza como mundial, esa degradación del medio ambiente obedece a causas diversas. Las causas generalmente se dividen en dos categorías, la primera de las cuales es la introducción de sustancias o de energía (nocivas) en la atmósfera²⁰⁵. Los contaminantes

²⁰⁰ Entró en vigor en 1978.

²⁰¹ En el apartado *a* del párrafo 1 de la sección C de su resolución 1721 (XVI), de 20 de diciembre de 1961, relativa a la cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, la Asamblea General recomendó a los Estados Miembros y otras organizaciones pertinentes que fomenten «la ciencia y la tecnología atmosféricas a fin de obtener un conocimiento más completo de las fuerzas físicas elementales que determinan el clima y la posibilidad de modificar las condiciones atmosféricas en gran escala».

²⁰² Decisión 8/7 A del Consejo de Administración del PNUMA relativa a las disposiciones para la cooperación entre los Estados en la modificación de las condiciones meteorológicas, aprobada en su octavo período de sesiones, el 29 de abril de 1980 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 25 (A/35/25)*, anexo I). Cabe señalar que, ya en 1963, la OMM hizo una observación importante en la que previno de la necesidad de adoptar un enfoque prudente en cuanto a las tecnologías de modificación de las condiciones meteorológicas, a saber: «la complejidad de los procesos atmosféricos es de índole tal que un cambio en las condiciones meteorológicas inducido artificialmente en una parte del mundo necesariamente tendrá repercusiones en otras partes. Este principio se puede afirmar con el sustento del conocimiento actual del mecanismo de la circulación general de la atmósfera. Sin embargo, ese conocimiento dista todavía de ser suficiente para que podamos pronosticar con certeza el grado, la naturaleza o la duración de

los efectos secundarios que el cambio en las condiciones meteorológicas en una parte de la Tierra puede producir en otras partes, ni siquiera, en verdad, nos permite pronosticar si esos efectos serán beneficiosos o perjudiciales. Antes de emprender un experimento sobre la modificación de las condiciones meteorológicas en gran escala, es menester evaluar cuidadosamente las consecuencias posibles y deseables y es preciso llegar a acuerdos internacionales satisfactorios» (Roslycky, «Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules», pág. 20).

²⁰³ Sand, «Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung»; véase también Taubenfeld, «International environmental law: air and outer space», pág. 195; y Brown Weiss, «International responses to weather modification», pág. 813.

²⁰⁴ Se sugiere que tal vez se podrían examinar los siguientes aspectos en materia de modificación de las condiciones meteorológicas: la obligación de obrar en beneficio del bien común de la humanidad; la obligación de no causar un daño transfronterizo sensible; la obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental; la participación del público; la obligación de cooperar; el intercambio de información y la notificación; las consultas; la obligación de recurrir a las organizaciones internacionales; y la responsabilidad del Estado (Roslycky, «Weather modification operations...», págs. 27 a 40). Véase también Davis, «Atmospheric water resources development and international law», págs. 17 y ss.

²⁰⁵ Por ejemplo, el artículo 1, apdo. *a*, del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia establece

principales son los ácidos (a saber, óxidos de nitrógeno), los óxidos de azufre, el monóxido de carbono, la materia particulada y los oxidantes fotoquímicos. El agotamiento del ozono ocurre como resultado de la introducción de sustancias (nocivas), tales como los clorofluorocarbonos y los halones, en la atmósfera. En cambio, la causa principal del cambio climático es la emisión de gases de efecto invernadero, como el dióxido de carbono, el óxido nitroso y el metano. Estos gases no siempre son inherentemente perjudiciales para la salud humana; más bien, tienen un efecto indirecto. Tienden a causar el cambio climático mediante la alteración de la composición de la atmósfera²⁰⁶. Por lo tanto, el tema del presente proyecto de directrices, desde el punto de vista causal, abarcará no sólo la introducción de ciertas sustancias sino también la introducción de energía en la atmósfera, que comprenderá los problemas de la contaminación radiactiva o nuclear²⁰⁷

(Continuación de la nota 205.)

que «[c]on la expresión “contaminación atmosférica” se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente»; por su parte, el artículo 1, párr. 1, del Acuerdo entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Aire dispone que «[l]a expresión “contaminación atmosférica” designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que tengan efectos nocivos que puedan poner en peligro la salud humana, dañar los recursos biológicos y los ecosistemas, degradar los bienes materiales y afectar o perjudicar el esparcimiento y otros usos legítimos del medio ambiente». Cabe señalar que, según artículo 1, párr. 1, apdo. 4, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por «contaminación del medio marino» se entiende «la introducción [...] de sustancias o de energía en el medio marino».

²⁰⁶ Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dice que, a los efectos de la Convención, por «“cambio climático” se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables». Véase también el párrafo 1 del artículo 1 de la resolución III sobre la contaminación atmosférica transfronteriza del Instituto de Derecho Internacional, 1987, que reza como sigue: «A los efectos de la presente resolución, por “contaminación transfronteriza” se entiende toda alteración física, química o biológica en la composición o la calidad de la atmósfera* que resulta directa o indirectamente de actos de comisión u omisión humanos y produce efectos perjudiciales o nocivos en el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional» (*Annuaire*, sesión de El Cairo, vol. 62, t. II, París, Pedone, 1988).

²⁰⁷ Las cuestiones relativas a la contaminación radiactiva de la atmósfera se debatieron en el contexto del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia. Si bien, de acuerdo con la exposición de motivos contenida en el mensaje del Gobierno de Alemania al Parlamento sobre el Convenio («*Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 13. November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung*», *Deutscher Bundestags-Drucksache* 9/1119, 2 de diciembre de 1981, pág. 14), las sustancias radiactivas no están comprendidas (véase también Rest, «*Tschernobyl und die Internationale Haftung*», págs. 612 y 613), el Gobierno de Austria había expresado la opinión contraria, en una declaración, durante los trabajos preparatorios del Convenio en enero de 1979, a tenor de la cual el ámbito de aplicación del Convenio también debía abarcar el estudio de los posibles efectos negativos resultantes de los usos de la energía nuclear con fines pacíficos sobre el medio ambiente de un Estado o Estados distintos del Estado en el que dichas actividades se llevaran a cabo; en este sentido, véanse también Rauschnig, «*Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report*», pág. 219; y Sands, *Chernobyl: Law and Communication — Transboundary Nuclear Air Pollution — The Legal Materials*, pág. 163 (la definición del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia «a todas luces tiene latitud suficiente para incorporar dentro del ámbito de aplicación del Convenio la precipitación radiactiva»). A nivel mundial, el

e incluirá asimismo los casos de alteración de la composición de la atmósfera. Vale la pena repetir que el presente proyecto de directrices no versará sobre las sustancias específicas que causan esta degradación atmosférica.

D. Nexos con otras esferas del derecho internacional

77. Obviamente, el derecho de la atmósfera está intrínsecamente vinculado con otras esferas del derecho internacional, como el derecho del mar²⁰⁸ y la biodiversidad (bosques, desertificación y humedales)²⁰⁹, así como el derecho mercantil internacional²¹⁰ y las normas internacionales de derechos humanos²¹¹. El presente proyecto de directrices se referirá a esas interrelaciones, según proceda. Sin embargo, los nexos se mencionarán en cuanto sean pertinentes a las otras partes del presente proyecto de directrices.

78. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, la propuesta del Relator Especial respecto del proyecto de directriz 2 sería como sigue:

«Proyecto de directriz 2. Ámbito de aplicación de las directrices

a) El presente proyecto de directrices se refiere a las actividades humanas que directa o indirectamente introduzcan sustancias nocivas o energía en la atmósfera o que alteren la composición de la atmósfera y que

Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas, establecido por la Asamblea General en su resolución 913 (X), de 3 de diciembre 1955, y que ahora lleva a cabo su cometido bajo los auspicios del PNUMA en Viena, vigila periódicamente los niveles y efectos de las radiaciones ionizantes, independientemente de su origen, incluidas las emisiones atmosféricas provenientes de los ensayos subterráneos no proscritos por el Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua. Por lo tanto, estas mediciones reflejan el efecto acumulativo de la contaminación radiactiva transnacional de la atmósfera derivada de diversas fuentes en todo el mundo; véase *Sources and Effects of Ionizing Radiation. United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation 2008. Report to the General Assembly with Scientific Annexes* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.10.IX.3). En cuanto al intercambio de datos por parte del Comité Científico con el Sistema Internacional de Vigilancia en virtud del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (véase la resolución de la Asamblea General 50/245, de 10 de septiembre de 1996, y el documento A/50/1027), véase Weiss, «*The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: Experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident*».

²⁰⁸ Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 212 («Contaminación desde la atmósfera o a través de ella») y 195 («Deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro»).

²⁰⁹ En el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se mencionan los efectos adversos del cambio climático sobre los ecosistemas naturales, y en el párrafo 1 del artículo 4 se insta a los Estados Partes a conservar los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos. Véanse también el artículo 2, párr. 1, apdo. a, inc. ii) del Protocolo de Kyoto y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.

²¹⁰ Véase, en general, Murase, *International Law. An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, págs. 130 a 166.

²¹¹ Véanse, en general, Schulze, Wang-Helmreich y Sterk, *Human Rights in a Changing Climate. Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water*, y Knox, «*Climate change and human rights law*».

tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

b) El presente proyecto de directrices versará sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación.»

CAPÍTULO IV

Condición jurídica de la atmósfera

79. Cinco conceptos pueden considerarse aplicables a la condición jurídica de la atmósfera: el espacio aéreo, los recursos naturales compartidos o comunes, la propiedad común, el patrimonio común y la preocupación común (interés común)²¹². Estos conceptos se examinarán brevemente *infra* para determinar si son aplicables a la protección de la atmósfera, y en qué medida lo son.

A. Diferenciación entre espacio aéreo y atmósfera

80. La noción de «espacio aéreo» difiere significativamente de la de «atmósfera». Los dos términos no se pueden utilizar indistintamente. El espacio aéreo es un concepto que se emplea para significar la dimensión espacial en que los Estados ejercen su jurisdicción o el control de la aviación y la defensa²¹³. El artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone que «todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio». Según el artículo 2 del mismo Convenio, se consideran territorio de un Estado «las áreas terrestres y las aguas jurisdiccionales adyacentes». El espacio aéreo más allá de los límites de las aguas territoriales se considera fuera de la soberanía de un Estado y está abierto a todos los Estados, como la alta mar (véase también la referencia al espacio aéreo en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar)²¹⁴.

81. Por espacio aéreo se entiende un dominio²¹⁵, un enfoque territorial; la atmósfera, por el contrario, es un

recurso natural que fluye a través de las fronteras nacionales. Con respecto a la condición jurídica de la atmósfera, es más apropiado aplicar un enfoque funcional, de carácter no territorial, ya que se trata de una sustancia dinámica y fluctuante. Obviamente, la delimitación (vertical) es posible en el caso del espacio aéreo mediante el trazado de líneas verticales a lo largo de las fronteras territoriales, pero esas líneas artificiales no son útiles en el caso de la atmósfera (aire), que se mueve más allá de las fronteras en función de la «circulación atmosférica» y «las corrientes en chorro». Por lo tanto, la atmósfera es una unidad fluida, singular e indivisible, en tanto el espacio aéreo es un dominio espacial estático y separable.

82. Así pues, el enfoque territorial adoptado, por ejemplo, por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (parte XII, «Protección y preservación del medio marino»), es inaplicable a la protección de la atmósfera. Las normas ambientales de la Convención se basan principalmente en criterios espaciales (territoriales) (incluidos el mar territorial, las zonas contiguas, la zona económica exclusiva y la alta mar) para la asignación de la jurisdicción apropiada a los efectos del control de la contaminación del mar, por ejemplo, la jurisdicción del Estado del pabellón, la jurisdicción del Estado ribereño y la jurisdicción del Estado del puerto²¹⁶.

83. Los Estados, no obstante, tal vez estimen necesario mencionar el concepto de espacio aéreo en el proyecto, pues el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional reafirma la norma de que «todo Estado tiene

²¹² Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», págs. 7 a 19; véase también Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern».

²¹³ Véanse Hobe, «Airspace», y Tomas, «Air law».

²¹⁴ El artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar estipula:

«Régimen jurídico del mar territorial, del espacio aéreo sobre el mar territorial y de su lecho y subsuelo

1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.

2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.»

²¹⁵ La estricta delimitación (horizontal) del espacio aéreo y el espacio ultraterrestre parece actualmente difícil, si no imposible (en tanto la diferenciación entre atmósfera y espacio ultraterrestre es muy clara, por el simple hecho de que no hay aire en el espacio ultraterrestre). No hay acuerdo respecto de dónde termina el espacio aéreo y dónde

comienza el espacio ultraterrestre. Tradicionalmente, ha habido dos doctrinas. Una doctrina defendía la teoría de la máxima altitud de las aeronaves y la otra propugnaba la teoría de la órbita más baja de los satélites (véase Mateesco Mate, «Space law», pág. 555). Cheng («Air law»), por ejemplo, afirmó que el espacio aéreo llegaba hasta donde hubiera atmósfera, sustentado en la interpretación del término «espacio aéreo» en el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Con arreglo a esta teoría, la delimitación del espacio aéreo y el espacio ultraterrestre coincide con la diferenciación entre atmósfera y espacio ultraterrestre (Van Bogaert, *Aspects of Space Law*, pág. 12).

²¹⁶ Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV, págs. 3 a 22. Cabe señalar, sin embargo, que la parte pertinente contiene una disposición sobre la base del concepto funcional del mar como bien común: el artículo 216 («Ejecución respecto de la contaminación por vertimiento») prevé la llamada «jurisdicción del Estado de la carga» en el párrafo 1: «Las leyes y reglamentos [...] para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por vertimientos serán ejecutados [...] c) [p]or cualquier Estado en cuanto se refiera a actos de carga de desechos u otras materias que tengan lugar dentro de su territorio o en sus instalaciones terminales costa afuera». Al parecer la jurisdicción del Estado de la carga tiene la misma fundamentación teórica que la jurisdicción del Estado para la protección de la atmósfera en el presente proyecto de directrices.

soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio». Aunque es posible que los principios, normas y reglamentaciones jurídicas contemplados en el proyecto de directrices propuesto sean más aplicables a ciertas actividades realizadas en tierra, dentro de la jurisdicción territorial del Estado, pueden darse situaciones en las que estas actividades se lleven a cabo en su espacio aéreo²¹⁷. Por lo tanto, se propone la inclusión de una cláusula de salvaguardia en el sentido de que ninguna disposición del proyecto de directrices afectará la condición jurídica del espacio aéreo conforme a lo previsto en otros convenios.

B. Recursos naturales, compartidos o comunes

84. La atmósfera (masa de aire) es el mayor recurso natural de la Tierra, junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos, como lo consignan el Comité de Recursos Naturales²¹⁸, la Declaración de Estocolmo²¹⁹ y la Carta Mundial de la Naturaleza, de 1982²²⁰. Es fuente de «medios naturales» renovables, esenciales para la supervivencia humana, vegetal y animal en el planeta; y, además de aportar insumos para la producción económica de base (por ejemplo, oxígeno y precipitación) y servicios de absorción de desechos (por ejemplo, como sumidero o medio de dilución de los escapes de la combustión), sirve como un medio para el transporte y la comunicación («recurso de extensión espacial»)²²¹. Se debe tener en cuenta que la atmósfera es un recurso limitado con una limitada capacidad de asimilación. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC reconocieron en el asunto *Estados Unidos: Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, de 1996, que el aire puro era un recurso natural agotable. La atmósfera desde larga data se ha considerado ilimitada, no exclusiva y neutral (simplemente no justifica una contienda al respecto), pues se suponía que todos podían beneficiarse de ella sin por ello privar de su disfrute

²¹⁷ El anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional se titula «Protección del medio ambiente». Ya en 1981 la OACI había establecido las «Normas y prácticas recomendadas de las emisiones de motores de aeronaves», para alcanzar la compatibilidad máxima entre el desarrollo seguro y ordenado de la aviación civil y la calidad del medio humano. Estas normas relativas a las emisiones reglamentan, entre otras cosas, la ventilación del sistema de combustible (parte II) y la certificación de las emisiones (parte III), así como los límites para las emisiones de humo y de ciertas partículas químicas.

²¹⁸ La inclusión de los «recursos atmosféricos», entre «otros recursos naturales» por el antiguo Comité de Recursos Naturales fue mencionada por primera vez en el informe del Comité sobre su primer período de sesiones (Nueva York, 10 de marzo de 1971), sección 4 («Otros recursos naturales»), párr. 94, apdo. d (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 50.º período de sesiones, Suplemento núm. 6 (E/4969, E/C.7/13)*). La labor del Comité de Recursos Naturales (que luego pasó a denominarse Comité de Energía y Recursos Naturales para el Desarrollo) fue trasladada a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.

²¹⁹ «Los recursos naturales de la Tierra, [incluido] el aire [...] deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga» (principio 2 de la Declaración de Estocolmo).

²²⁰ «[L]os recursos [...] atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua» (resolución de la Asamblea General 37/7, de 28 de octubre de 1982, anexo, párr. 4).

²²¹ Véase la terminología elaborada por von Ciriacy-Wantrup, *Conservación de los recursos: economía y política*, y S. McDougal, Lasswell y Vlasic, *Law and Public Order in Space*, págs. 777 a 779.

a los demás²²². Esa hipótesis ya no es válida. Aunque la atmósfera no es explotable en la acepción común del término (por ejemplo, en el contexto de los recursos de petróleo y gas), su preservación adecuada es necesaria para que los organismos puedan respirar y disfrutar de condiciones climáticas estables; así pues, toda industria contaminante o Estado contaminante en verdad explota la atmósfera mediante la reducción de su calidad y su capacidad para asimilar los contaminantes de otras industrias o Estados²²³. Esta justificación sustenta, por ejemplo, el «comercio de los derechos de emisión». En consecuencia, el concepto de los recursos naturales compartidos parece ser aplicable, en parte, al problema de la contaminación atmosférica transfronteriza bilateral o regional, y el concepto de los recursos naturales comunes, a los problemas ambientales mundiales relacionados con la atmósfera.

85. En el supuesto de que la atmósfera sea un recurso natural, tal vez sea preciso elucidar el término «protección» que se emplea en el presente proyecto. En el contexto del medio ambiente, el término se suele utilizar (consciente o inconscientemente) de dos maneras, saber, en el sentido de preservación y conservación. Por «preservación» se entiende las medidas adoptadas para mantener el estado original de la naturaleza, para lo que se impone una restricción total de las actividades humanas en una zona reservada. Por «conservación», por otro lado, se entiende el mantenimiento del estado del medio ambiente en una zona designada mediante actividades humanas intencionales, por ejemplo, una zona de conservación de los recursos pesqueros en alta mar. Como se indicó en el párrafo 73 *supra*, los aspectos de utilización de la atmósfera son cada vez más importantes y, en consecuencia, el proyecto de directrices que se ha de elaborar respecto de la protección de la atmósfera versará no solo sobre el aspecto de la preservación (en el sentido de que la comunidad internacional velará en lo posible por no alterar ni la composición ni el equilibrio actuales de la atmósfera), sino también sobre el aspecto de la conservación, cuyo objetivo ha de ser el logro de la sostenibilidad en la utilización de la atmósfera.

C. Preocupación común de toda la humanidad

86 Por propiedad común, o *res communis*, se entiende zonas como la alta mar que están abiertas al uso legítimo de todos los Estados y que no se pueden reservar a la

²²² Esta concepción parece bastante similar a la clásica polémica de los siglos XVI y XVII entre el *Mare Liberum* de Grocio, por un lado, y el *Mare Clausum* de Selden, por el otro, respecto de si los recursos oceánicos debían considerarse ilimitados o limitados. Grocio defendió la libertad de los océanos al afirmar que, a la luz de su naturaleza, el océano no podía ser objeto de ocupación o posesión. Por lo tanto, según el autor, el Estado no podía pretender un derecho exclusivo de pesca que, a su juicio, presuponía *dominium* sobre el océano. Por otra parte, a juicio de Grocio, no había necesidad de modificar esta interpretación histórica porque consideraba que los recursos del océano eran ilimitados. En consecuencia, todos podían explotar las poblaciones de peces sin perjudicar los intereses de terceros bajo el régimen de la libertad de los mares (véase Grocio, *De la libertad de los mares*, cap. 5). En cambio, Selden adujo que los Estados poseían y podían poseer una parte del océano siempre y cuando de hecho ejercieran realmente su potestad sobre esa parte del océano. Además, Selden refutó la opinión de Grocio haciendo hincapié en que los recursos oceánicos eran agotables y que se corría el peligro de que el libre uso de los océanos provocara su agotamiento (véase Selden, *Of the Dominion, Or, Ownership of the Sea*).

²²³ Biermann, «“Common concern of humankind”: the emergence of a new concept of international environmental law», pág. 428.

soberanía de un Estado. El espacio aéreo sobre la alta mar es, en este sentido, «propiedad común». Sin embargo, al igual que el espacio aéreo soberano, la propiedad común es fundamentalmente una dimensión espacial y, por ende, es insuficiente para aplicarla a la atmósfera en la forma de una unidad global²²⁴, como se indica en los párrafos 81 a 85 *supra*.

87. El concepto de patrimonio común se empleó en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en el Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes. Sin embargo, no prosperó la iniciativa de Malta en la Asamblea General, en 1988, de que se declarara que la atmósfera mundial era parte del patrimonio común de la humanidad. Por cuanto «patrimonio común» implica que un recurso debe ser explotado y conservado en beneficio de la humanidad en su conjunto, esa designación requiere en general una estructura institucional de gran alcance para controlar la asignación de los derechos de explotación y los beneficios. Si la atmósfera fuera considerada parte del patrimonio común de la humanidad, ello significaría, en efecto, que los problemas atmosféricos pasarían a ser objeto de una gestión colectiva, cosa que en general se juzga prematura²²⁵.

88. Aunque los conceptos de propiedad común y patrimonio común tal vez no sean indicadores adecuados de la condición jurídica de la atmósfera, el concepto de interés común sí lo es, y se debiera incluir en su condición jurídica en virtud del derecho internacional. La Asamblea General reconoció, en la resolución 43/53, de 6 de diciembre de 1988, relativa a la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras, que los cambios climáticos eran una «preocupación común de la humanidad» (párr. 1), lo que de algún modo mitigó el fracaso de la propuesta de Malta. El mismo concepto se incorporó en el párrafo 1 del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Habida cuenta del creciente reconocimiento de los nexos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático mundial, la aplicación del concepto de la preocupación común al conjunto de los problemas atmosféricos se debería considerar apropiada²²⁶.

²²⁴ Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», pág. 9.

²²⁵ *Ibid.*, págs. 9 y 10.

²²⁶ Las implicaciones del concepto de la preocupación común de la humanidad en relación con las cuestiones ambientales mundiales se examinaron en una reunión del Grupo de Expertos Jurídicos del PNUMA, celebrada en Malta en 1990. Se ha señalado que el concepto de la «preocupación común» tiene al menos dos facetas importantes: una espacial y otra temporal. La faceta espacial significa que la preocupación común implica la cooperación de todos los Estados en asuntos igualmente importantes para todas las naciones, a toda la comunidad internacional. La faceta temporal se deriva de las consecuencias a largo plazo de los principales problemas ambientales que afectan a los derechos y las obligaciones no solo de las generaciones presentes, sino también de las generaciones futuras (véase «The implications of the “common concern of mankind” concept on global environmental issues», nota del Director Ejecutivo del PNUMA y la secretaria, Reunión del Grupo de Expertos Jurídicos del PNUMA, celebrada en Malta, del 13 al 15 de diciembre de 1990). Esto ilustra las firmes concatenaciones con principios como la equidad intergeneracional contenidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en otros instrumentos internacionales sobre el medio ambiente. Una aplicación del concepto de la preocupación

89. El contenido jurídico del concepto de la preocupación común es que los Estados ya no pueden pretender que los problemas atmosféricos están dentro del dominio reservado de la jurisdicción interna porque esos problemas legítimamente entran ahora en la categoría de «asuntos de preocupación internacional». Ello a no dudarlo llevará a la formulación de obligaciones jurídicas sustantivas de todos los Estados de proteger la atmósfera mundial en calidad de obligaciones exigibles *erga omnes*²²⁷. Bien puede ser demasiado prematuro en la actualidad interpretar el concepto de preocupación común en el sentido de que atribuye a «todos los Estados un interés jurídico, o una legitimidad procesal, respecto de la aplicación de las normas relativas a la protección de la atmósfera mundial»²²⁸, habida cuenta de la ausencia de un derecho procesal apropiado para dar efecto a dicha interpretación. También puede ser prematuro considerar que el concepto de preocupación da nacimiento a derechos para las personas y las generaciones futuras.

90. Con todo, con el fundamento del análisis antes expuesto, bien se puede concluir que la atmósfera tiene la condición jurídica de recurso internacional, ya sea compartido o común, indispensable para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos, los cultivos y la integridad de los ecosistemas, y que, en consecuencia, su protección es una preocupación común de la humanidad. Asimismo puede ser apropiado añadir una reserva, a fin de evitar todo malentendido: el presente proyecto de directrices no pretende prejuzgar en modo alguno la condición jurídica del espacio aéreo ya establecida en el derecho internacional. Por lo tanto, el proyecto de directriz 3 rezaría como sigue:

«Proyecto de directriz 3. Condición jurídica de la atmósfera

a) La atmósfera es un recurso natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres; por lo tanto, su protección es una preocupación común de la humanidad;

b) Ninguna disposición del presente proyecto de directrices tiene por finalidad afectar la condición jurídica del espacio aéreo tal y como se ha establecido en el derecho internacional.»

común se ha explorado con una orientación de ecosistemas, por ejemplo, en el contexto de la ordenación de cuencas regionales (véase Brunnée y Toope, «Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building»).

²²⁷ Como la Corte Internacional de Justicia indicó en el caso *Barcelona Traction*, dichas obligaciones se deben a la comunidad internacional en su conjunto. Dada su importancia, «conciernen a todos los Estados» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104). En este contexto, se puede asimismo recordar la referencia de la Comisión a la «contaminación masiva de la atmósfera o de los mares» como un crimen internacional en el proyecto de artículo 19, párr. 3, apdo. *d*, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 94), aunque el artículo se omitió en el proyecto final aprobado en segunda lectura (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 76, párr. 26).

²²⁸ Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», págs. 11 a 13.

CAPÍTULO V

Conclusión

91. Al preparar el presente informe, el Relator Especial se propuso proporcionar antecedentes lo más completos y exhaustivos que fuera posible sobre el tema, a saber, su desarrollo histórico y las fuentes del derecho pertinentes, así como explicar la razón de ser del tema y los enfoques básicos, los objetivos y el ámbito de aplicación del proyecto. Se ha dicho atinadamente que, «en el mejor de los casos, la verdadera virtud de la Comisión es su capacidad para adoptar una visión sistemática del derecho internacional en su conjunto, integrar los nuevos avances y las diferentes ramas del derecho y exponer en sus comentarios conclusiones razonadas y plenamente investigadas»²²⁹. No obstante, fue preciso encarar algunos problemas en forma preliminar y general, y dejar para una etapa ulterior el análisis a fondo de problemas jurídicos específicos. El Relator Especial abriga la esperanza de haber podido demostrar que, con un enfoque adecuado, la protección de la atmósfera es un tema importante y apropiado para la

codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, un tema por medio del cual la Comisión puede hacer una aportación importante a la comunidad internacional en su conjunto.

92. Como plan de trabajo tentativo después de este primer informe, el Relator Especial abriga la esperanza de examinar, en los dos años restantes del actual quinquenio (2015 y 2016), las cuestiones relativas a los principios básicos para la protección de la atmósfera. Esas cuestiones abarcarán las obligaciones generales de los Estados de proteger la atmósfera, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* aplicado a la contaminación atmosférica transfronteriza y los principios de equidad, desarrollo sostenible y buena fe. Es de esperar que, en el próximo quinquenio (2017-2021), la Comisión dé cima a su examen de otros asuntos conexos, como la cooperación internacional, el cumplimiento de las normas internacionales, la solución de controversias y las interrelaciones.

²²⁹ Boyle y Chinkin, *The Making of International Law*, pág. 172.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 66.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/665	Programa provisional del 66.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2014</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/666	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/667	Primer informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/668 y Add.1 y Corr.1	Séptimo informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/669 y Add.1	Expulsión de extranjeros: comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Ídem.
	Información adicional recibida de la Unión Europea, no incluida en el documento A/CN.4/669 y Add.1 (inglés solamente)	Mimeografiado.
A/CN.4/670	Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/671	Segundo 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.4/672	Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/673	Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/674 y Corr.1	Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/675	Segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.831	Protección de las personas en casos de desastre: textos y títulos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura	Mimeografiado.
A/CN.4/L.832	Expulsión de extranjeros: textos y títulos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Ídem.
A/CN.4/L.833	Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados: textos y títulos de los proyectos de conclusión 6 a 10 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en su 66.º período de sesiones	Ídem.
A/CN.4/L.834	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones: capítulo I (Introducción)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2014</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.835	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 66.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.836	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.837 y Add.1/ Rev.1	Ídem: capítulo IV (Expulsión de extranjeros)	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.838 y Add.1	Ídem: capítulo V (Protección de personas en casos de desastre)	Ídem.
A/CN.4/L.839	Ídem: capítulo VI (Obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>))	Ídem.
A/CN.4/L.840 y Add.1 a 3	Ídem: capítulo VII (Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.841	Ídem: capítulo VIII (Protección de la atmósfera)	Ídem.
A/CN.4/L.842 y Add.1	Ídem: capítulo IX (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.843	Ídem: capítulo X (Identificación del derecho internacional consuetudinario)	Ídem.
A/CN.4/L.844	Obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>): Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>), informe final	Mimeografiado.
A/CN.4/L.845	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones: capítulo XI (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)	Ídem.
A/CN.4/L.846	Ídem: capítulo XII (Aplicación provisional de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.847	Ídem: capítulo XIII (Cláusula de la nación más favorecida)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2014</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.848	Ídem: capítulo XIV (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.849	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.850	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: textos y proyectos de artículos 2, apdo. e, y 5, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/SR.3198 - A/CN.4/SR.3243	Actas resumidas provisionales de las sesiones 3198. ^a a 3243. ^a	Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2014</i> , vol. I.

ISBN 978-92-1-130364-3



9 789211 303643